يا كبيكج احفظ بالله

RAĞIP P.
Ka. N.
538

عدد كتب الهدايه 57 — منها ما فى هذا المجلد من شرح الهدايه للامام الاتقانى 15

عدد اوراقه ٨٠٠

فهرس هذا المجلد المسمى بغاية البيان

كتاب الاجارات ١ (اوايل ... من باب الاجرة ...)
كتاب المكاتب ٢
كتاب الولاء ٣
كتاب الاكراه ٤
كتاب الحجر ٥
كتاب المأذون ٦
كتاب الغصب ٧
كتاب الشفعة ٨
كتاب القسمة ٩
كتاب المزارعة ١٠
كتاب المساقاة ١١
كتاب الذبائح ١٢
كتاب الاضحية ١٣
كتاب الكراهية ١٤
كتاب احياء الموات ١٥

فمجلدة غاية البيان نادرة الزمان فى آخر الاوان والله المستعان وعليه التكلان من ... تاريخ

باب المضارب يضارب ١	فصل شرط المضارب المال بربح ثلث الربح ٤	فصل فى العزل والقسمة ٤	فصل فيما يفعله المضارب ٨	فصل آخر ١٢	فصل فى الاختلاف ١٤	كتاب الوديعة ١٦
كتاب العارية ٢٧	كتاب الهبة ٣٥	باب الرجوع فى الهبة ٤٨	فصل ومن وهب الجارية الا حملها ٥٧	فصل فى الصدقة ٦٠	باب الاجر متى يستحق ٦٢	فصل ومن استاجر رجلا الى البصرة يجئ بعياله ٦٥
باب ما يجوز من الاجارة ٧٤	باب الاجارة الفاسدة ٨٤	باب ضمان الاجير ١٠٠	باب الاجارة على احد الشرطين ١٠٤	باب اجارة العبد ١٠٨	باب الاختلاف فى الاجارة ١١٠	باب فسخ الاجارة ١١٣
مسائل منثورة ١٢٣	كتاب المكاتب ١٢٤	فصل فى الكتابة الفاسدة ١٣١	باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ١٣٦	فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه ١٤١	فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى ١٤٥	باب من كاتب عن العبد ١٥٠
باب كتابة العبد المشترك ١٥٣	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ١٥٤	كتاب الولاء ١٦٥	فصل فى ولاء الموالاة ١٧١	كتاب الاكراه ١٧٤	فصل اكره على ان يأكل الميتة ١٧٤	كتاب الحجر ١٩١
باب الحجر للفساد ١٩٦	فصل فى حد البلوغ ٢٠٥	باب الحجر بسبب الدين ٢٠٦	كتاب المأذون ٢١٢	فصل اذا اذن ولى الصبى الصبى فى التجارة ٢٣٨	كتاب الغصب ٢٤١	فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ٢٥١
فصل ومن غصب عينا فغيبها ٢٦١	كتاب الشفعة ٢٧٦	باب طلب الشفعة والخصومة فيها ٢٨٣	فصل فى الاختلاف ٢٩١	فصل فيما يؤخذ به المشفوع ٢٩٣	فصل واذا ... ثم قضى ٢٩٤	اشترى وبنى للشفيع ٢٩٦
باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ٣٠١	باب ما يبطل به الشفعة ٣٠٧	فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها ٣١٢	مسائل متفرقة ٣١٣	كتاب القسمة ٣١٧	فصل فيما يقسم وما لا يقسم ٣٢٤	فصل فى كيفية القسمة ٣٢٧
باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق ٣٣٤	فصل واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم يفسخ ٣٣٥	فصل فى المهاياة ٣٣٣	كتاب المزارعة ٣٤١	كتاب المساقاة ٣٥٢	كتاب الذبائح ٣٥٧	فصل فيما يحل اكله وما لا يحل ٣٧٣
كتاب الاضحية ٣٨١	كتاب الكراهية ٣٩٧	فصل فى الاكل والشرب ٤٠٥	فصل فى اللبس ٤٠٥	فصل فى الوطى والنظر والمس ٤١١	فصل فى الاستبراء ٤٢١	فصل فى البيع ٤٢٧
	مسائل متفرقة ٤٣٥	كتاب احياء الموات ٤٤٢	فصل فى المياه ٤٥٠	فصل فى كرى الانهار ٤٥٤		
		فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه ٤٥٦				

RAĞIP P.
Ka. N.
538
544

الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا يصح الاعتاق لان ذلك انشاء قد بطل لعدم الملك فلا ينفذ بعد
ذلك اما هذا اخبار فينفذ اذا حدث الملك كما اذا اقر بحرية عبد الغير فاشتراه بعد ذلك يعتق
عليه فاذا صحت الدعوة بحدوث الملك ثبت النسب وعتق الولد ولا ضمان على المضارب لرب
المال موسرا كان او معسرا لانه حين ادعى لم ينفذ الدعوة لعدم الملك وحين الدعوة لم يوجد صنع
من المضارب فلا يكون ضامنا لان ضمان العتق ضمان الاتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد وهذا
لان العتق ثبت بالنسب والملك جميعا والحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا
على ما عليه عامة المشايخ والملك هنا اخرهما وجودا وقد حصل بلا صنع من المضارب لانه
بازدياد القيمة ولا صنع له في ازدياد القيمة وعلى قول بعض المشايخ يضاف اليهما جميعا لكن
الملك لما لم يكن بصنعه لم يتم العلة فاذا عتق نصيب المضارب من الولد فسد نصيب رب المال
لانه لا يقدر على بيعه فيستسعى رب المال الولد في الف ومائتين وخمسين والالف راس ماله
ومائتان وخمسون نصيبه من الربح لان مالية العبد احتبست عند العبد وان شاء اعتق نصيبه
من الولد فان استسعاه ودفع الغلام الى رب المال الفا صارت الجارية ام ولد للمضارب
لانه لما دفع اليه الف درهم وصل اليه راس المال فتمحضت الجارية ربحا فتصير بمنزلة جارية
مشتركة بين اثنين استولدها احدهما فيصح استيلاده ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف
عقرها موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك لانه ملك كسبها وخدمتها فصار ذلك الضمان بدل
الضمان اذا كان بدلا يستوي فيه اليسار والاعسار فلا يفتقر الى الصنع من جهته بخلاف
ضمان العتق لانه ضمان اتلاف فلا بد من الصنع كذا في شروح الجامع الصغير وغيرها وقال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي والاصل ان مال المضاربة اذا كان من جنس واحد كالكيلي
والوزني والعروض والحيوان التي يجري القسمة بينها اذا كانت جماعة وفيها فضل على راس المال
يظهر للمضارب فيها نصيب بحيث يصير كله حنطة او كله دراهم او دنانير وعروضا او حيوانا
من جنس واحد سوى الرقيق او ثيابا من جنس واحد حتى ان الزكوة يجب عليه اذا كان نصيبه
منه مبلغ نصابا كاملا ولو صار مال المضاربة من اجناس مختلفة فكل جنس منها مشغول
براس ماله حتى انه لا يجب عليه شيء من الزكوة ويجب على رب المال زكوة ثلثة ارباعها
لانه يحصل له في الحاصل هذا القدر لان راس المال كان الفا فاشترى ما يساوي الفين
ولو صار مال المضاربة رقيقا فانه ينظر ان كان واحدا وقيمته على راس المال يظهر للمضارب

بينهما نصيب نحو ان يصير كله حنطة او كله دراهم او دنانير او عروضا او حيوانا وهو نصف
الفضل ولو كانوا جماعة قيمة كل واحد منهم مثل راس المال فلا يظهر للمضارب فيه نصيب ويكون
كل واحد منهم مشغولا براس المال فتكون كالاجناس المختلفة لانها لا تقسم وقيل هذا على
قول ابي حنيفة وعلى قولهما يقسم الرقيق فيظهر للمضارب نصيب من كل عبد قدر ربحه وهكذا
ذكر الفقيه ابو الليث وكذلك ساير الحيوانات اذا كانت من جنس وان كانت جماعة فانه
ينظر الى قيمة الكل فان كان في قيمة الكل فضل على راس المال كان للمضارب نصف الفضل
كذا في شرح الطحاوي بخلاف ضمان الولد على ما مر اشارة الى قوله لا يضمن لرب المال شيئا
من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك واخرهما ينضاف اليه ولا صنع له فيه وقد
مر البيان والله اعلم

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم دفع
المال مضاربة من رب المال الى غيره ذكر حكم دفع المضارب الى غيره مضاربة لان الاولى مضاربة
مفردة وهذه مركبة والمركب بعد المفرد وجودا وعدما **قوله** قال واذا دفع المضارب
المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن له بالدفع ولا بتصرف المضارب
الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال اي قال القدوري في مختصره وانما يضمن
المضارب الاول لرب المال اذا ربح الثاني اذا لم يقل له رب المال اعمل برايك لانه اذا قيل له
ذلك لا يضمن اصلا وكذا لا يضمن اذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لانه يمنزلة الاجير
وللمضارب ان يستاجر وقد مر بيان ذلك عند قوله ولا يضارب الا ان ياذن له رب المال
او يقول له اعمل برايك وهذا الذي ذكره القدوري هو رواية ابن شجاع عن الحسن عن
ابي حنيفة انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثاني ويربح كذا ذكره القدوري في شرح
مختصر الكرخي وقال ابو يوسف ومحمد يضمن اذا تصرف الثاني ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية
كذا في شرح الطحاوي وقد مر ذلك وعن ابي يوسف انه رجع عن هذا وقال يضمن بمجرد الدفع
وهو قول زفر كذا ذكر القدوري والحاصل انه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني
في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلثة واذا عمل الثاني بالمال ان عمل عملا لم يدخل تحت المضاربة
بان وهب المضارب الثاني المال من رجل واستهلكه فالضمان على الثاني دون الاول
وان عمل عملا دخل تحت المضاربة بان اشترى بالمال شيئا فان ربح فعليهما الضمان وان لم يربح
فلا ضمان على واحد منهما في ظاهر الرواية وجه قول زفر ان دفع المضارب المال الى غيره

مضاربة

مضاربة ليس بمطلق له فصار به مخالفا فضمن كالمودع اذا اودع ووجه قولهما وهو ظاهر
الرواية عن ابي حنيفة ان مجرد الدفع لا يتعلق به ضمان الا ترى ان المضارب له ان يودع
ويبضع فلم يضمن بمجرد الدفع لعدم تحقق المخالفة بخلاف ما اذا تصرف الثاني حيث يجب الضمان
لانه حصل العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان فجعل الامر مراعى
اي موقوفا قبل العمل حتى اذا عمل الثاني وجب الضمان والا فلا ووجه ما روي عن ابي حنيفة
ان الدفع مطلق له لانه قبل العمل ايداع وبعده ابضاع فيملك المضارب كليهما جميعا وانما المحظور
اثبات الشركة وذلك يحصل بالربح فلا يضمن ما لم يربح فصار كما لو خلط المضارب المال بغيره او
شارك به ثم اذا ثبت وجوب الضمان على اختلافهم في الضمان انه يجب بالدفع او بالتصرف او
بحصول الربح قال القدوري في المختصر ضمن المضارب الاول ولم يذكر الثاني ولكن المشهور من
المذهب ان رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني ذكر الخيار هكذا شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا ظاهر على مذهب ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله لان الاول صار غاصبا بالدفع والثاني بالتصرف في مال الغير كالمودع اذا اودع فاما
على اصل ابي حنيفة فالضمان يجب على المودع الاول ولا يجب على الثاني لان الاول ضمن بقبض
الثاني فلا يجب بالقبض الواحد الضمان على اثنين بحيث يضمن كل واحد منهما جميع المقبوض
فمن اصحابنا من قال يجب ان يكون مسئلة المضاربة هكذا وعلى هذا الوجه حمل القدوري
المسئلة في المختصر وهذا معنى قول صاحب الهداية وقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة
ومن اصحابنا من فرق بين المسئلتين فقال مسئلة المضاربة بخلاف مسئلة الوديعة
لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهو طلب الربح فجاز ان يضمن لذلك والمودع
الثاني لا يقبض لمنفعة نفسه وانما يقبض لمنفعة الاول فلم يضمن الثاني ثم اذا كان رب
المال بالخيار بين ان يضمن ايهما شاء فان ضمن المضارب الاول صحت المضاربة بين
الاول والثاني وكان الربح على ما شرطا لانه لما ضمن ملك بالضمان فصار كان المضارب
دفع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالضمان لانه غرم بالعقد فصار كمودع
المودع وصحت المضاربة لان حاصل الضمان على المضارب الاول فكان رب المال ضمنه
ابتداء وليس هذا كالرهن اذا غصب رجل شيئا فرهنه فهلك في يد المرتهن فضمنه المالك
رجع على الراهن بالضمان ولم يصح الرهن لان تضمين المرتهن ابطال لقبضه حين استحق

وصحة الرهن تتعلق بالقبض فاذا هلك الرهن لم يبق الرهن فيبطل لفوات قبضه واما المضاربة
فتضمين الثاني ابطال للقبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة الا ترى ان المضارب
لو باع المال من رب المال زال قبضه لم يبطل المضاربة ولو رد المرتهن الرهن على الراهن
بطل الرهن وقال ابن سماعة عن محمد يطيب الربح للاسفل لانه يرجع بما ضمن ولا يطيب
للاعلى في قياس قول ابي حنيفة رح وذلك لان المضارب الاول استحق الربح براس المال وقد
حظر عليه التصرف فيه والربح اذا حصل على مال محظور وجب التصدق به واما المضارب
الثاني فانما استحق بدلا عن عمله وذلك ليس بمحظور عليه كذا ذكر القدوري في شرح مختصر
الكرخي وقال في شرح الكافي ولو كان المضارب الثاني لم يعمل بالمال حتى ضاع في يده فلا
ضمان على واحد من المضاربين لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع اذ هو حفظ وصيانة وله
ان يامر غيره بالحفظ وانما يجب بالتصرف وقد انعدم التصرف ههنا ولو استهلك المضارب
الثاني المال كان الضمان عليه خاصة لانه غير مسند الى امره فانقطعت الاضافة عنه
قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان
عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله اي وجوب الضمان فيما اذا كانت المضاربة صحيحة
وهذا على فصول اربعة احدها ان يكون المضاربتان جايزتين فيجب الضمان بتصرف
الثاني كما بينا والثاني ان يكون الاولى فاسدة والثانية جايزة فلا ضمان على واحد من
المضاربين لان المضارب الاول اجير في المال لا حق له في الربح فلا يفسد شرطه فيه فلا يلزمه
الضمان اذ الضمان انما يلزم باثبات الشركة ويكون لرب المال جميع الربح لانه دخل في مضاربة
فاسدة وللمضارب الاول اجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه وللثاني على
الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل بمضاربة صحيحة فاستحق ما سمي له والثالث اذا
كانت الاولى جايزة والثانية فاسدة فلا ضمان على واحد من المضاربين لان المضارب
الثاني لا يستحق شركة في المال وانما هو اجير مثله فكان المضارب الاول استاجر من يعمل
في المال والرابع اذا كانت الاولى والثانية فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما لان المضارب
الاول اجير في المال والثاني اجير الاول فصار كمن استاجر رجلا يعمل في ماله فاستاجر
الاجير رجلا فهذه الفصول الاربعة جوابها في الاصل وقد ذكر ابو الحسن الكرخي عن
ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة على ان للمضارب مائة

درهم

درهم من الربح وما بقي فلرب المال فدفعها الرجل المضارب الى رجل مضاربة بالنصف قال
فالاول ضامن للمال ودفعه الى الثاني جايز وهي مضاربة بينهما وهذا خلاف رواية الاصل
والاول هو الصحيح ووجه هذه الرواية ان المضارب يضمن بالدفع على احدى الروايات
عن ابي يوسف لما يضمن المودع بالايداع وهذا موجود في المضاربة الصحيحة والفاسدة
كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي قوله ذكر في الكتاب اي ذكر القدوري
في مختصره قوله ان المودع يقبضه لمنفعة الاول اي المودع الثاني يقبض المال لمنفعة المودع
الاول فلا يكون الثاني ضامنا والمضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه يعني اذا ربح
المال فضمن نظرا للفرق بين المودع الثاني والمضارب الثاني قوله لا على الوجه الذي
رضي به اي رضي به رب المال فانه لم يرض بدفع المضارب المال الى غيره مضاربة قوله رجع
على الاول بالعهدة اي رجع المضارب الثاني على المضارب الاول بما ضمن وفي بعض النسخ رجع
على الاول بالعقد اي بسبب العقد يرجع على الاول بالعهدة قوله لانه عامل له اي لان
المضارب الثاني عامل لاجل المضارب الاول لا يقال هذا يرى تناقضا لانه جعل المضارب الثاني
قبل هذا عاملا لنفسه وجعل هنا عاملا لغيره لانه عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل
لغيره بسبب انه مودع المودع في الابتداء وعمل المودع وهو الحفظ للمودع ومع اختلاف الجهة
لا يتحقق التناقض لان اتحاد الجهة شرط التناقض قوله كما في المودع يعني ان مودع الغاصب
اذا ضمن يرجع على الغاصب بما ضمن قوله ولانه مغرور من جهته بالدال من الغرور كذا
السماع قوله ويصح المضاربة اي الثانية قوله ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى
اراد بالاعلى المضارب الاول وقد مر بيانه قوله ولا يعرى عن نوع خبث لان المضارب
الاول يستحق الربح باعتبار انه يملك راس المال عند اداء الضمان بسبيل الاستناد والثابت
بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث بالربح ولا يطيب
قوله قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه
بالثلث وقد تصرف وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس اي قال القدوري في
مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رح في شرح الكافي واذا دفع الرجل
الى رجل الف درهم مضاربة على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان او قال ما كان

في ذلك من ربح او ما كان في ذلك من رزق او قال خذ المال مضاربة بالنصف او قال على ان
ما كان في هذا المال من فضل فهو بيننا نصفان وقال له اعمل فيه برايك فدفعه المضارب الى
آخر مضاربة بالثلث فعمل به وربح فللمضارب الآخر ثلث الربح وللمضارب الاول السدس
ولرب المال نصفه لانه شرط للمضارب الثاني ثلث الربح فهلك ذلك من نصيبه خاصة دون
نصيب رب المال ولو دفع المضارب الاول الى الثاني مضاربة بالنصف فعمل به فربح فنصف
الربح للمضارب الثاني ونصفه لرب المال ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل ماله فيلزم فلا يبقى
له شيء ولو شرط المضارب الاول للثاني ثلثي الربح كان له ان ياخذ نصف الربح ويرجع بتمامه
عليه في ماله خاصة لانه شرط له ذلك من الربح وقد عجز عن التسليم وله مثل فيصار الى مثله
كما لو استاجره بدرهم فاستحقت ولا يصير المضارب الاول مخالفا بهذا الشرط لانه صح موجبا
للزيادة من ماله خاصة كذا في شرح الكافي والحاصل ان هذا على ثلثة اوجه احدها ان يشرط
المضارب الاول للثاني اقل مما شرط له كالثلث لانه عقد على بعض ما يستحقه فجاز ويطيب
ذلك له لان عمل الثاني وقع للاول فكانه عمل بنفسه كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستا جر
من يخيطه بنصف طاب له الفضل لان عمل اجيره وقع له فكانه عمل بنفسه والثاني ان يشرط
الاول للثاني مثل ما شرط له كالنصف فيجوز ذلك لانه عقد على جميع حقه فكان الربح بين رب
المال والثاني نصفين ولا شيء للاول لانه لم يبق له شيء كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم
فاستاجر من يخيطه بدرهم والثالث ان يشرط الاول للثاني اكثر مما شرط له كثلثي الربح ويجوز
ذلك بينهما والربح بين رب المال والثاني نصفين ويغرم الاول للثاني السدس وذلك لان رب
المال لم يرض لنفسه باقل من نصف الربح فلم يصح شرط الزيادة في حقه فيغرم الاول للثاني
ذلك لانه غره بالتسمية والغرور في العقد تتعلق به الضمان ولانه عقد على ملك غيره
فدخل في العقد وخرج لعدم الاجازة فلزمه مثله كمن اشترى بالعيب ونظير هذا من الاجا رة
ان يستاجر انسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن زيادة
الاجرة قوله ويطيب لهما ذلك اي يطيب الربح للمضارب الاول والثاني قوله وان كان
قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب
الاول ورب المال نصفان وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان رب المال فوض الراي
الى المضارب الاول وجعل لنفسه نصف ما رزق الله للمضارب وما رزق الله له هو الثلثان

فيكون

فيكون الثلثان بين رب المال والاول نصفين بخلاف الفصل الاول لان رب المال شرط لنفسه
نصف جميع الربح ونصف جميع ما رزق الله مطلقا من غير اضافة الى المضارب وذلك ينصرف
الى كل الربح قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفع المال مضاربة
الى رجل وقال له على ان ما ربحت في هذا المال من شيء او على ان ما صار لك فيه من ربح او على ان
ما رزقك الله تعالى او ما كسبت فيه من كسب او ما رزقت فيه من شيء فهو بيننا نصفان وقا ل
له اعمل فيه برايك فدفعه المضارب الى آخر مضاربة بالنصف فعمل فيه فربح فالنصف للثاني
والنصف بين الاول وبين رب المال نصفين لانه اضافه الى الحاصل له والحاصل له نصف
الربح ولو كان المضارب الاول شرط للثاني ثلثي الربح فالثلث بينه وبين رب المال لما بينا
انه الحاصل له وقوله ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر
مضاربة بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال وهذه من مسائل الجامع الصغير
وقد مر بيانها آنفا قوله ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان
من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضا رب
الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول وهذه مذكورة في الجامع الصغير والمختصر جميعا
وذلك لان الاول جعل للثاني جميع حقه فلم يبق للاول شيء وقد مر البيان آنفا قوله وان
شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب
الاول للثاني سدس الربح في ماله هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان التسمية وقعت
صحيحة لكونها معلومة في عقد يملكه الا ان الزيادة لم تنفذ في حق رب المال لعدم رضاه
لانه لم يرض باقل من نصف الربح فغرمها الاول للثاني لانه غره في ضمن العقد وقد مر بيانه
قبل هذا قوله غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع اي الغرور في ضمن العقد سبب للرجو ع
وانما قيد بضمن العقد لانه اذا لم يكن في ضمن العقد لا يجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق
آمن فاسلكها فسلكها فقطع عليه الطريق لا يجب الضمان فصل قوله واذا
شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه
ثلث الربح فهو جائز وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لان الاشتراط العمل عليه لا يمنع
التخلية هي شرط صحة المضاربة لان للعبد يدا معتبرة ولهذا لم يكن للمولى استرداد وديعة العبد
من يد المودع واذا جازت المضاربة كان نصيب العبد من الربح للمولى ان لم يكن عليه دين وان كان

عليه دين نقض ما اداه احق بذلك لكسابه اكسابه بخلاف شرط العمل على رب المال فانه يمنع التخلية فلا يصح المضاربة بخلاف جملة العمل هنا ما قال القدوري في شرح مختصر الكرخي اذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة على ان ما رزق الله تعالى من ذلك فللمضارب ثلثه ولعبد المضارب ثلثه ولرب المال ثلثه فهذا جائز فما ربح فالثلثان للمضارب والثلث لرب المال وذلك لان عبد المضارب اذا لم يكن عليه دين فالمشروط له مشروط للمضارب لانه هو الذي يملكه فكانه شرط للمضارب الثلثين قال وكذلك لو شرط للمضارب الثلث ولرب المال الثلث ولعبد رب المال الثلث جاز لان ما شرط لعبد رب المال اذا لم يكن عليه دين مشروط لمولاه فكان رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب او لقضاء دين رب المال لان المشروط في قضاء دين احدهما مشروط له واما اذا شرط الثلث لابن المضارب او لزوجته فالمضاربة جائزة وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال لان ابن المضارب لا يجوز ان يستحق من غير مال ولا عمل فصار المشروط له مسكوتا عنه وما سكت عنه من الربح فهو لرب المال واما اذا شرط ثلث الربح لعبد رب المال وعليه دين فلا يخلو اما ان يشرط عمله او لا يشرط فان شرط عمله فهو عند ابي حنيفة كالاجنبي لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشرط عمله فما شرط لرب المال لانه لا يجوز ان يستحق ربحا في المضاربة من غير عمل ولا مال فصار المشروط له كالمسكوت عنه وعلى قولهما اذا كان عليه دين فما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل او لم يعمل واما اذا شرط الثلث لعبد المضارب وعليه دين فان شرط عمله جاز عند ابي حنيفة لان المضارب لا يملك كسبه فصار كالاجنبي وان لم يشرط عمله فما شرط فلرب المال لانه مسكوت عنه وقال ابو يوسف ومحمد للمضارب لانه يملك كسبه كما يملك لو لم يكن عليه دين كذا في شرح الكرخي **قوله** ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون يعني اذا كان مديونا وسيجيء ذلك في كتاب المأذون وقد مر في باب المرابحة والتولية ايضا ان العبد اذا لم يكن عليه دين لا يصح بيعه من مولاه وكذا **قوله** على العكس على ما مر اشارة الى ما ذكر في اوائل كتاب المضاربة بقوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب وتمام البيان بنظيره في شرحنا هذا **قوله** على ما عرف اي المولى لا يملك اكساب عبده المأذون المديون وقد عرف ذلك في كتاب المأذون

باب فيما يفعله

اي في عزل المضارب وقسمة الربح لما كان عزل المضارب امرا عارضا على عقد المضاربة وكذا قسمة الربح عارضة على الربح ذكره لذلك بعد بيان المضاربة

وشرائطها

وشرائطها **قوله** قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المضارب يتصرف في المال باذن رب المال فاذا مات رب المال بطل الاذن فلم يجز التصرف في مال الغير بغير اذنه وكذلك اذا مات المضارب تبطل المضاربة لانه بمنزلة الوكيل وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا تنتقل ذلك الى ورثته فكذلك هذا **قوله** لانه توكيل اي لان عقد المضاربة توكيل على ما تقدم اشارة الى ما ذكر في اول كتاب المضاربة بقوله وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه **قوله** وقد مر من قبل اي مر بطلان الوكالة بموت الموكل وموت الوكيل في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة ثم اعلم ان عقد المضاربة بمنزلة الوكالة الخاصة لكن يفترقان في مسائل منها ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب شراء المضارب وبيعه واذا اراد المضارب ان يرد عبدا قد اشتراه بالعيب فطلب البائع يمين المضارب ما رضي بالعيب ولا عرضه على البيع منذ اشتراه فنكل المضارب عن اليمين بقي العبد على المضاربة لانه اقصى ما في الباب ان يجعل هذا شراء مبتداء ولو اشتراه ابتداء صح فكذا اذا اشتراه بالعيب وكذلك لو اقر بالعيب يلزمه العبد على المضاربة لما ذكرنا بخلاف الوكيل لانه لا يملك الشراء فلا يصح اقراره ومنها ما ذكر في شرح الكافي ايضا في باب المضاربة يدفع المال مضاربة واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة بالنصف وقال له اعمل برايك فيه فدفعه المضارب الى رجل مضاربة بالثلث فعمل به فربح فللمضارب الآخر ثلث الربح وللاول سدسه ولرب المال نصفه فان دفع الثاني الى ثالث مضاربة وقد كان قال للثاني اعمل فيه برايك فهو جائز والمضارب الثاني فيه بمنزلة الاول لانه قال له اعمل فيه برايك له ان يشاركه به وان يخلط بماله فرق بين هذا وبين الوكيل اذا قال الموكل له اعمل برايك كان للوكيل ان يوكل غيره ولو قال الوكيل الاول للثاني اعمل فيه برايك لم يكن للثاني ان يوكل غيره لان الاول استفاد ولاية التوكيل بالاذن والاذن وجد في حقه خاصة فلا يثبت هذه الولاية بخلاف المضاربة لانه استفاد هذه الولاية بعقد الشركة لانه استفاد ولاية التجارة مطلقا بقوله اعمل فيه برايك فيملك جميع انواع التجارات وهذا نوع تجارة فيملك التفويض الى غيره ومنها ان الوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعد الشراء فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لا يرجع به مرة اخرى والمضارب يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يصل الثمن الى البائع وهو مذكور في الهداية قبيل فصل في الاختلاف من كتاب المضاربة والفرق ان الثمن اذا توى في يد الوكيل قبل التسليم الى البائع يرجع به

على الموكل ثم لو توى ثانيا لم يملك الرجوع لان الوكيل متصرف لنفسه ولهذا كانت العهدة عليه لكن
لما ادى الثمن بامره كان له ان يرجع عليه واذا رجع مرة اخرى فقد قبض ما وجب له على الموكل
وبرئت ذمته فلا يرجع ثانيا بخلاف المضارب فانه قابض للمضاربة لا لنفسه لانه عامل
للمضاربة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في باب المرابحة في المضاربة ومنها ان المضارب
اذا اشترى بمال المضاربة عروضا ثم عزل رب المال عن المضاربة لم يعمل عزله وان علم بعزله
وسيجي ذكره في المتن بعد خطوط وذلك لانه لا يملك حجره في هذه الحالة لتعلق حق المضاربة
وهو حق البيع ليربح عليه بخلاف الوكيل فانه ينعزل اذا علم لانه لم يتعلق حقه به ومنها ان
رب المال لو ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما فالمضارب على مضاربته لانه نقض ردته
قبل تقررها قضاء كانه لم يزل مسلما بخلاف الوكيل فانه اذا رجع الموكل مسلما لا يعود الوكالة
في ظاهر الرواية خلافا لما روى عن محمد وقد مر في باب عزل الوكيل **قوله** واذا ارتد رب
المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان الحكم باللحاق يزيل ملكه ويوجب قسمة ماله بين ورثته وهو بمنزلة موته ولكن هذا اذا لم يعد
مسلما فاذا عاد مسلما فالمضاربة على حالها وتمام البيان فيه ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي بقوله واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة بالنصف فارتد
المضارب عن الاسلام او دفعه اليه بعد ما ارتد ثم اشترى وباع فربح او وضع ثم قتل
على ردته او مات او لحق بدار الحرب جاز من ذلك ما فعل والربح بينهما على ما اشترطا اما
عندهما فلانه بمنزلة المسلم في جميع تصرفاته واما عند ابي حنيفة فلان الردة تنافي الولاية
الاصلية دون الولاية المستفادة من قبل الغير ولهذا لو ارتد الوكيل لم ينعزل عن وكالته
وهذا في معناه والعهدة في جميع ما اشترى وباع على رب المال عند ابي حنيفة كوكيل المرتد
وفي قولهما العهدة على المرتد لان ولايته لم تبطل وعند ابي حنيفة بطلان ولايته موقوف
على اللحوق اما القتل ومتى قتل على ردته صار القتل كانه موجود من ذلك الوقت فاثر في بطلان
تصرفه ولو لم يرتد المضارب وارتد رب المال وكان مرتدا حين اشترى المضارب وباع
فربح او وضع ثم قتل المرتد او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي يجيز البيع والشرا على المضارب
والربح له ويضمنه راس المال في قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو على المضاربة
لان التصرف في مال المضاربة انما ينفذ على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت

او بالقضاء

او بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة
لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها ولو كان رب المال امراة فارتدت
فهي بمنزلة المسلمة في تصرفاتها لانها لا تقتل فلم ينعقد سببا لتلف في حقها واذا دفع الرجل
الى الرجل مالا مضاربة بالنصف فارتد رب المال ولحق بدار الحرب فلم يقض في ماله بشي حتى
رجع مسلما وقد اشترى المضارب بالمال وباع ورب المال في دار الحرب فذلك كله جائز على
المضاربة لما بينا انه نقض ردته قبل تقررها قضاء كانه لم يزل مسلما ولو كان المضارب هو
الذي ارتد ولحق بدار الحرب فاشترى بها في دار الحرب وباع فربح ورجع بالمال مسلما فان له
جميع ما اشترى من ذلك وباع لانه صار غاصبا باللحاق بدار الحرب فملكه بالاحراز كما لو غصبه
من المسلم واحرزه بدار الحرب فاذا عاد الى الاسلام لم يتعرض لفعله السابق بالنقض لان الشرع جعل
الاسلام الطارى قاطعا لحكم فعله السابق وممكنا له بقوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر
لهم ما قد سلف وقال عليه الصلاة والسلام الاسلام يجب ما قبله **قوله** فالمضاربة
على حالها اي في قولهم جميعا وقد مر البيان **قوله** قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم
بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز اي قال القدوري في مختصره يعني اذا عزل المضارب لا يصح
قبل علمه لان العزل نهي والاحكام المتعلقة بالامر لا تتحقق فيها النهي قبل العلم يدل عليه
اوامر صاحب الشرع ونواهيه فاذا لم يصح العزل قبل العلم صار الحال بعد العزل كما قبله فجاز
تصرف المضارب شرا وبيعا بخلاف ما اذا مات رب المال حيث ينفسخ عقد المضاربة سواء علم
المضارب بموته او لا لانه فسخ حكمي لكن هذا اذا كان المال نقدا فاما اذا كان عروضا فان
بيع المضارب جائز حتى يصير نقدا يعني ذي راس المال ولا ينعزل بالعزل صريحا وكذا بالموت
كذا في التحفة **قوله** وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك
وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يمنع العزل المضارب من البيع اذا كان المال عروضا
لان حق المضارب يتعلق بالمال بواسطة الربح والربح لا يظهر الا بالقسمة والقسمة لا تكون الا
بناء على راس المال والقسمة بناء على راس المال لا تتحقق قبل ان ينض المال ولا ينض الا ببيع
العروض التي اشتراها فيبيع حتى ينض فيظهر حقه في الربح بالقسمة فلا جرم لم يؤثر العزل
حتى لا يلزم اسقاط حق المضارب **قوله** وانما ينض بالبيع اي يحصل ورقا بعد ان كان
متاعا والناض عند اهل الحجاز الدراهم والدنانير كذا في المغرب منه ما ذكر في الفائق في حديث

عمر رضي الله عنه كان يأخذ الزكوة من ناض المال هو ما نض منه اي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا
قوله قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر اي قال القدوري في مختصره يعني اذا باع
المضارب العرض بعد عزل رب المال لا يجوز له ان يشتري بثمن ذلك شيئا آخر لان بيع
العرض بعد العزل انما جاز ضرورة معرفة راس المال فاذا نض فقد حصل هذا المعنى
فزالت الضرورة فعمل العزل السابق عمله فلم يجز له التصرف بعد ذلك قوله فان عزله
وراس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها وهذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان المال اذا نض دراهم او دنانير صح عزل المضارب فلم يجز تصرفه
بعد ذلك لان العزل انما لم يصح فيما اذا كان المال عروضا لضرورة معرفة راس المال
والضرورة منتفية هنا ولكن هذا اذا كان الناض من جنس راس المال اما اذا كان
من خلاف جنسه بان يكون راس المال دراهم والناض دنانير او على العكس ففي القياس لا يجوز
له التصرف فيها لانهما من جنس الاثمان فصار كان راس المال قد تعين وفي الاستحسان يجوز
ان يبيعها بجنس راس المال لان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال وذلك لا يمكن
الا بان يبيع ما في يده بجنس راس المال فكان له ذلك كما اذا كان في يده عروض كذا في شرح
الاقطع قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها هذا اشارة الى قوله
لا يمنعه العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بموت رب المال اذا كان المال عروضا بل
يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل اذا عزله رب المال والمال عروض لان الموت حجر حكمي وري
فالحجر القصدي ثم حجر رب المال على المضارب والمال سلع لا يعمل حجره فكذا هنا وفقهه ان
حق المضارب متعلق به فلو عمل الحجر فيه لبطل حق المضارب بغير رضاه وهذا مما لا يجوز
واراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب او قتل او مات مرتدا
ثم باع المضارب العروض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا يرجع
الى موت رب المال على تاويل المنية فينبغي ان يقال برفع الواو فيجوز ان يرجع الى بيع العروض
بان اعطى المضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله كما شرقت صدر القناة
من الدم فعلى هذا يتاتى الجر في الواو كما قال في بعض الشروح يعني له اراد به اذا كان راس المال
دراهم والمال دنانير كان له ان يبيع الدنانير بالدراهم وهذا له وجه كما بينا من وجه الاستحسان
وقد ذكر قبيل هذا ويجوز ان يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض

كما اذا كان راس المال دراهم والمال دنانير او على العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل
بموت رب المال قوله واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم
على اقتضاء الديون وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يكن فيه ربح لم يلزمه
الاقتضاء ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء والمراد من افتراق رب المال والمضارب فسخهما عقد
المضاربة ولفظ محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في المضارب اذا ادان مال المضاربة
قال ان كان فيه فضل اجبر على ان يتقاضاه وان لم يكن فيه فضل لم يجبر واحال رب الدين حتى
يتقاضاه والمراد من قوله ادان المال اي جعله دينا على الناس ثم امتنع من التقاضي والقبض
كذا في شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي وقال الشافعي يلزمه الاقتضاء وان لم يكن في المال
ربح كذا في شرح الاقطع والمراد من قوله احال اي وكل لان الحوالة تستعار للوكالة لما في الوكالة
من معنى النقل وانما يجبر المضارب على التقاضي والقبض اذا كان في المال ربح لان له فيه نصيبا
فيكون عمله عمل الاجراء والاجير مجبور على العمل وان لم يكن فيه فضل على راس المال لم يجبر على التقاضي
والقبض لان عمله عمل الوكلاء والوكيل غير مجبور على قبض الثمن غير انه يؤمر المضارب او الوكيل
بان يحيل رب المال على الذي عليه الدين حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد
فلا يثبت للآمر حق القبض الا باحالة العاقد ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين عن الذي عليه
الدين لم يجز ضمانه لان العقد جعله امينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا فيما جعله العقد امينا
قالوا في شروح الجامع الصغير وكذلك كل وكيل بالبيع لا يجبر على الاستيفاء ويحيل الموكل على
المشتري لان العهدة على العاقد فيوكله بقبض الثمن ليصح مطالبته فاما الذي يبيع بالاجر كالبياع
والسمسار فلا بد من ان يجبر على الاستيفاء ويجعل بمنزلة الاجارة الصحيحة لعرف الناس
وذكر في شرح الاقطع سؤالا وجوابا يصلح تمسكا للشافعي واجاب عنه فقال فان قيل المضارب
يجب عليه رد راس المال بصفته فيجب ان يقبض الديون حتى يصير بصفته قيل له المضارب
لا يلزمه التسليم وانما يجب رفع يده عن المال كالمودع فاذا احال به فقد ازال يده عنه
فلا يلزمه اكثر من ذلك قال في الفائق السمسرة البيع والشرى قال وكلمتني ظلتي بالسمسرة
ويقال للمتوسط بين البائع والمشتري سمسار قال الاعشى فعشنا زمانا وما بيننا
رسول يراجع اخبارها فاصبحت لا استطيع الجواب سوى ان اراجع سمسارها
يريد السفير بينهما وظلة الرجل امراته قوله قال وما هلك من مال المضاربة فهو من

الربح دون راس المال اى قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة بالنصف فربح الفا فاقتسما الربح وراس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلك الالف التي في يد المضارب بعد قسمتهما الربح اوخرها المضارب فان القسمة الاولى لا تصح وما قبض رب المال فهو محسوب عليه من راس ماله وما قبضه المضارب دين عليه يرده حتى يستوفي رب المال راس ماله قال القدوري في شرحه وذلك لما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قال مثل المومن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله كذلك المومن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزايمه فهذا يدل على ان الربح لا يثبت حكمه قبل ان يتعين راس المال ولان المال اذا بقي في يد المضارب فحكم المضاربة بحاله فلو صححنا قسمة الربح لثبت الربح قبل اصله وهذا لا يجوز واذا لم يصح القسمة فمتى هلك ما في يد المضارب صار الذي اقتسماه هو راس المال فوجب على المضارب ان يرد منه تمام راس المال **قوله** كما يعرف الهلاك الى العفو في الزكوة يعني عند ابي حنيفة وابي يوسف **قوله** فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ان كان لم يقتسما الربح وذلك لان المضارب امين في راس المال فاذا هلك بلا صنع منه لا يجب عليه الضمان كالمودع **قوله** وان كانا اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال كله او بعضه تراد الربح حتى يستوفي رب المال راس المال هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان فضل شي كان بينهما وان عجز عن راس المال لم يضمن المضارب وذلك لان حكم الربح مراعى لا يستقر قبل سلامة راس المال لرب المال فاذا هلك راس المال بطل القسمة فكان ما اخذه رب المال من الربح محسوبا من راس ماله فيرد المضارب ما اخذه من الربح حتى يتم راس المال فان فضل من الربح شي كان بين رب المال والمضارب نصفين وان عجز الربح عن تمام راس المال اي نقص عنه لا يضمن المضارب شيا لانه امين وهذا معنى قوله لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانهما لما عقدا المضاربة بعد فسخ المضاربة الاولى كان ذلك مضاربة مستقبلة ولم ينتقض القسمة بعد الهلاك لان رب المال لما استوفى راس المال زالت المضاربة الاولى فكان هذا عقدا اخر فهلاك المال فيه لم ينتقض القسمة في عقد غيره وقال في قسم المبسوط من التابيد ولو ربح الفين فاخذ رب المال راس ماله الفا واخذ المضارب من الالفين

حصته الفا ولم ياخذ رب المال حصته حتى هلك رد المضارب نصف ما اخذ من الربح لان رب المال ما لم ياخذ فهو على المضاربة فصار كانه لم يكن الربح الا في يد المضارب وان كان ما اخذه المضارب هلك يهلك من ماله لانه صار مستوفيا حقه فخرجت من المضاربة والاصل ان ما يستوفيه المضارب لنفسه صار في ضمانه والذي لم يستوف رب المال باق على حكم المضاربة فهلاك المال في الثاني اي في العقد الثاني **قوله** لا يوجب انتقاض الاول اي انتقاض الاقتسام الاول

فصل فيما يفعله المضارب

وكان القياس ان لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي ان يذكر المسايل المذكورة فيه في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكره ثمه **قوله** قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسية اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي واذا دفع الرجل الى رجل مالا مضاربة ولم يقل اعمل فيه برايك فله ان يشتري ما بدا له من اصناف التجارات ويبيع بالنقد والنسية لان غرضه حصول الربح ولن يحصل ذلك عادة الا بملكه جميع انواع التجارات لانه قد يربح في نوع منها وقد لا يربح فوجب ان يكون سبيل من جميع اصناف التجارات ويملك البيع بالنقد والنسية لانه لو كان وكيلا خاصا ملك ذلك باطلاق الوكالة فاذا كان عاما اولى وهذا لانه عسى لا يحصل الربح الا بالنسية وعند ابن ابي ليلى ليس له ان يبيعه بالنسية وقد مر ذلك عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة والحاصل ان المضارب يملك على رب المال ما هو تجارة من كل وجه او ما هو تجارة من وجه دون وجه وليس ذلك من صنيع التجار لا يملك المضارب على رب المال وعن هذا قلنا ان المضارب لا يملك تزويج غلام المضاربة لانه ليس بتجارة واما تزويج الامة فقد ذكر في مضاربة الاصل برواية ابي حفص انه ليس له ذلك في قول ابي حنيفة ومحمد وذكر في نوادر ابي سليمان انه ليس له ذلك في قول ابي حنيفة ولم يذكر قول محمد ولم يذكر قول ابي يوسف في الاصل وذكر القدوري المضارب يملك تزويج الامة عند ابي يوسف وله ان يبيع بالنقد والنسية قال صاحب الهداية الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه يعني اذا باع المضارب الى اجل طويل ليس من عادة التجار ان يبيع الى مثل ذلك لا يجوز كعشر سنين مثلا والنسية بالهمز على وزن فعيلة وربما تدغم بعد التخفيف كالخطية والنساء بالمد التاخير **قوله** لان كله الامر العام المعروف بين الناس اي المضارب له ولاية الامر الشايع المشهور في عرف الناس

يعني به ما هو من صنيع التجار والدليل على ان له هذه الولاية انه يشترى دابة للركوب والحمل ولا يشترى سفينة للركوب ويشترى سفينة للحمل اعتبارا لصنيع التجار قال في قسم المبسوط من الشامل دفع مضاربة على ان يشترى الطعام خاصة له ان يستاجر بنفسه او يشترى دابة للركوب والحمولة لانه مما يفعله التجار ولا يشترى سفينة يحمل فيها الطعام لانه ليس من عادة التجارة لاجرم في بلد عادتهم ذلك يجوز ولو كانت المضاربة عامة جاز شرا السفينة ايضا لانه وقعت عامة كذا في الشامل **قوله** وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة هذا الايضاح ايضا لقوله لان له الامر العام المعروف عطفا على قوله ولهذا كان له ان يشترى دابة قال شيخ الاسلام شمس الايمة البيهقي في الكفاية في المشهور يملك ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة لانه من عادة التجار وعن محمد لا يملك باطلا قال لان الاذن في التجارة اعم من المضاربة **قوله** ولو باع ثم اخر الثمن جاز بالاجماع يعني ان المضارب يملك تاجيل ثمن المبيع بالاتفاق وهذا على اصل ابي حنيفة ومحمد ظاهر لان الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب اولى لان ولاية المضارب اعم لانه يصير شريكا في الربح دون الوكيل واما ابو يوسف يجوز عنده تاجيل المضارب دون الوكيل لان المضارب يملك ان يشترى السلعة ثم يبيعها بنسأ فيملك التاخير وهذا لانه يملك الاقالة فاذا ملك الاقالة كان له ان يوجل فكانه باع بنسئة ابتدآء والوكيل لا يملك الاقالة فلا يملك التاجيل قال في تجريد المحيط وان باع شيئا من مال المضاربة واخر الثمن جاز على رب المال ولا يضمن المضارب شيئا بخلاف الوكيل الخاص في هذا ولو لم يوخر ولكن حط بعض الثمن فان كان ذلك بعيب طعن فيه المشتري فان كان حصة العيب من الثمن مثل ما حط او اكثر بحيث يتغابن في مثله جاز وان كان ما حط اكثر من حصة العيب بحيث لا يتغابن الناس فيه يصح عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان راس ماله من ذلك ما بقي على المشترى وما حط المضارب لم يبق راس المال **قوله** ولو احتال بالثمن على الايسر او على الاعسر جاز وهذا ايضا مذكور بسبيل الايضاح يعني لو قبل المضارب الحوالة من المشترى بالثمن على غير المشترى جاز وان كان المحتال عليه اعسر من المشترى لان ذلك من صنيع التجار لان له ان يقابل البيع مع الاول ثم يبيع من الاعسر بخلاف الوصي يقبل الحوالة من مشتري مال اليتيم على اعسر منه حيث لا يجوز لان ولايته نظرية وليس في ذلك نظر **قوله** والاصل ان ما يفعله ثلثة انواع اي

الاصل

الاصل فيما يجوز للمضارب ان يفعله وما لا يجوز وقد امضينا بيان ذلك عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشترى **قوله** وهو ما ذكرنا اشارة الى البيع بالنقد والنسيئة والاذن لعبد المضاربة وتاخير الثمن والاحتيال بالثمن وكل ذلك يجوز للمضارب **قوله** على ما ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر في اول كتاب المضاربة بقوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع **قوله** وهو ان يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال السلعة اي الاستدانة ان يشترى بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال وتذكير الضمير لتذكير الخبر قال في شرح الطحاوي ولو اشترى سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شي من جنس ذلك الثمن الذي اشترى به فيكون استدانة ولو اشترى سلعة في حال قيام راس المال بثمن دين من جنس راس ماله او من خلافه بعد ان يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة جاز الشرا على المضاربة ولا يكون استدانة وقال زفر اذا اشترى بخلافه يكون استدانة **قوله** وما اشبه ذلك اي من انواع الاستدانة كما اذا اشترى سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصة الالف للمضاربة وحصة ما زاد على الالف للمضارب خاصة له ربحه وعليه وضيعته لان الاستدانة نفذت عليه خاصة ولا يقال هذا يؤدي الى خلط مال المضاربة بماله وذلك لان هذا خلط من طريق الحكم فلا يوجب الضمان كما لو اشترى نصف عبد ثم باعه هو والبايع لم يضمن باختلاط الثمن فانه كان لو خلط المال ابتداء لم يجز ومن جملة الاستدانة ما اذا كان راس المال الف درهم فاشترى بها جهالا او نورا بعد او يشترى بثوب موصوف الى اجل لان الشرا بغير الاثمان استدانة على المال لا ترى انه ليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه فاما اذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير او كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه اشترى بجنس ليس في يده كما لو اشترى بالعروض وانما استحسنوا فقالوا يجوز ذلك لان الدراهم والدنانير قد اجريا عند التجار مجرى الجنس الواحد الا ترى انهما اثمان وبهما يقضى في النفقات والاروش وقيم المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الاخر فكانه اشترى بجنس هو في يده واما الفلوس فالقياس فيها ما ذكرنا والاستحسان ان تكون كالدراهم على قول من جوز المضاربة بعينها لانها ثمن كساير الاثمان وعلى قول ابي يوسف لا يجوز المضاربة بها كالعروض فلا يجوز الشرا بها اذا لم تكن في يده كذا ذكره القدوري في شرح مختصر الكرخي **قوله** ولو اذن له رب المال في الاستدانة

الدراهم والدنانير اجرا عند التجار مجرى الجنس الواحد

الفلوس ثمن كساير الاثمان

المضاربة لا تصح الا في مال عين لا في دين

صار المشترى بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وذلك لان المشترى بالدين لا يجوز ان يكون مضاربة
لانها لا تصح الا في مال عين واذا لم تكن مضاربة لم يبق الا ان يكون بينهما شركة وجوه واطلاق
الشركة يقتضي التساوي فلهذا كان بينهما نصفين وقدمنا ذلك في اوايل كتاب المضاربة قوله
واخذ السفاتج عطف على قوله وهو الاستدانة اي النوع الذي لا يملك المضارب بدون التنصيص
عليه هو الاستدانة واخذ السفاتج لان ذلك استدانة وكذا اعطاء السفاتج لانه اقراض
والمضارب لا يملك الاستدانة والاقراض والعتق والهبة والصدقة لانها تبرع محض ليس من
صنيع التجار والسفاتج عبارة عن قرض يستفاد به سقوط خطر الطريق من ذلك في آخر كتاب
الحوالة قوله قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة اي قال القدوري
في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب ما يجوز للمضارب
ان يفعله وما لا يجوز له واذا اشترى المضارب بالف المضاربة عبدا او امة لم يكن له ان يزوج
واحدا منهما في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه نوع من انواع التجارة وهذا
لا يعد في العرف تجارة وابو يوسف يقول هذا في معنى التجارة لانه تحصيل شيء من المال لنفسه ولرب
المال من غير ان يفوت عليه مالا واذا جاز التحصيل بتفويت شيء فلان يجوز بدون التفويت
اولى واحرى وهما يقولان بان المضارب يتصرف بحكم التوكيل والتفويض بتناول التجارة
وهذا ليس بتجارة والاصل عدم الولاية فلا يثبت الا بدليل ولهذا لم يكن له ان يكاتب ويعتق
على مال لان ذلك ليس بتجارة قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى
رب المال وباع فهو على المضاربة وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل دفع الى آخر الف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بعضها الى رب المال
بضاعة فباع رب المال بها واشترى قال هي مضاربة على حالها الى هنا لفظ محمد رح وعند
زفر تفسد المضاربة لانه يكون متصرفا في ملك نفسه لنفسه فيكون مستردا ولنا ان التخلية التي
هي شرط صحة المضاربة قد حصلت وصار التصرف حقا للمضارب وصار رب المال في حق التصرف
كالاجنبي فاذا استعان به رب المال صار كانه وكل اجنبيا في التصرف فصح فلما صح توكيلا لم يكن اخذ
رب المال استردادا فلم ينتقض المضاربة وكانت على حالها حتى لو اخذه رب المال بغير رضاه
وعمل فيه انتقضت المضاربة بخلاف ما اذا اشترط العمل على رب المال ابتداء فانه لا يصح لعدم
شرط العقد وهو التخلية لان شرط العمل على رب المال يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المضارب

الى رب

الى رب المال مضاربة بالنصف حيث لا يصح المضاربة الثانية لان المضاربة عقد شركة بان يكون المال
من الدافع والعمل من المضارب والربح على الشركة ولا مال هنا للمضارب فلو جاز مع ذلك يلزم قلب
الموضوع وذلك لا يجوز فاذا لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب على انه وكيل
عن المضارب في التصرف فلم يبطل المضاربة الاولى فان قلت كيف يصح اضافة الابضاع الى
المضارب وانما يصح ذلك اذا كانت البضاعة للمبضع ولا مال للمضارب قلت ليس بشرط ان
يكون البضاعة ملكا للمبضع لان تفسير الابضاع الاستعانة بالغير في التصرف ورب المال
يصلح معينا له فيه والاستعانة بالاجنبي جايزة فبرب المال اولى لان شفقته في ماله اكثر
قوله ولا مال هنا اي لا مال للمضارب فيما اذا دفع الى رب المال مضاربة لانه ليس بمالك لراس
المال قوله قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال اي قال في الجامع الصغير
ولفظ محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فعمل بها
في المصر قال لا يكون نفقته منها فان سافر بها انفق منها في طعامه وشرابه وكسوته وركوبه
فاما دواؤه فمن ماله فاذا ربح اخذ صاحب المال ما انفق من راس ماله الى هنا لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير وذلك لان مال المضاربة لرب المال فلا يجوز للمضارب ان ينفق من مال غيره
بغير رضاه لان الله تعالى قال ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وروي عن رسول الله عليه الصلاة
والسلام انه قال لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه وهذا بخلاف ما اذا سافر فان
نفقته في مال المضاربة استحسانا وكان القياس ان لا تكون فيه للمعنى الذي قلنا لان العادة
جرت بين الناس انهم ينفقون من مال المضاربة اذا سافروا بها فكانت العادة كالاذن دلالة
وان لم يوجد صريحا وهذا المعنى غير موجود في المصر ولان النفقة جزاء الاحتباس كنفقة القاضي
والمفتي في بيت المال ونفقة المراة فما دام المضارب في مصره فانه ساكن بالسكنى الاصلية لا
لاجل المال فلا يجب نفقته فيه بخلاف ما اذا سافر قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وقد جرت العادة في بلادنا انهم ياكلون بالنهار من مال المضاربة اذا كانوا في الاسواق فصارت
العادة الجارية بمنزلة الاذن واذا اكل المضارب وهو في المصر والشريك بالنهار من غير اسراف
فلا باس بذلك ولا حرج عليه ان شاء الله تعالى ثم اذا ثبت ان المضارب يجوز له ان ينفق في السفر
صار ماذونا في الطعام والكسوة والركوب واما الدواء والحجامة ونحو ذلك فليس له ذلك لان النفقة
المعروفة للطعام والكسوة الا ترى ان القاضي يقضي بنفقة الزوجة بالطعام والكسوة ولا يقضي

بالدواء والحجامة فكذلك ههنا الا ان يكون في موضع جرت العادة في ذلك وذكر عن الحسن بن
زياد انه كان يقول لا يجوز له ان ينفق في الحجامة وحلق الشعر ونحو ذلك قال الفقيه ومعنى هذا اذا
كان في موضع جرت العادة في ذلك وقال فخر الاسلام فان كان خروجه دون السفر نظرنا فيه فان
كان يغدو ويروح ويبيت في منزله فليس بخارج وانما هي بمنزلة اهل المصر لان اهل المصر يتجرون
في السوق ثم يبيتون في منازلهم فلا نفقة له وان كان لا يبيت باهله كانت نفقته في المضاربة
لان خروجه قد صار للمضاربة ههنا فلم يعتبر السفر شرطا النفقة هي ما يصرف الى الحاجة الدائمة
الراتبة وهي الطعام والشراب والكسوة واما الدواء فانه من العوارض فلا يدخل في النفقة
الا ترى ان نفقة المراة على الزوج ودواؤها في مالها ونفقة الرهن على الراهن ودواؤه على
المرتهن فاذا ربح المضارب اخذ رب المال تمام راس ماله لان قسمة الربح انما شرعت بعد
تسليم راس المال وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه انه لا ينفق من المضاربة في السفر
ايضا وهذا لا يصح لانها مؤنة تلزم لسبب المضاربة فوجب ان تكون فيها اصله حمل المتاع فان
قيل رضي بنصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة عليه من غير شرط قيل له النفقة ليست مستحقة
له لكنها من مؤن المال كاجر الاجير للعمل في المال واجرة الحمال وقال في شرح الطحاوي ولو
خرج الى السفر بماله وبمال المضاربة جميعا كانت النفقة على قدر المالين بالحصص قوله
في المال اي في مال المضاربة قوله ووجه الفرق اي بينما اذا عمل في المصر حيث لا نفقة له
في مال المضاربة وبينما اذا عمل في السفر حيث تجب نفقته في المال قوله وبخلاف المضاربة
الفاسدة يعني لا يستحق النفقة وان سافر قال القدوري في شرح مختصر الكرخي واذا دفع
الرجل الى الرجل مالا مضاربة فاسدة فسافر فيها فلا نفقة له لان المضاربة الفاسدة في معنى
الاجارة الا ترى ان الواجب فيها الاجر والاجير لا ينفق من المال قوله وبخلاف البضاعة
يعني لا تجب النفقة للمستبضع في مال البضاعة لانه متطوع فيها الا ان يكون اذن له فيها قوله
قال فلو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة فلو كان ذكر هذه المسئلة بعد ومن
ذكر قال في ادا لها لكان احسن لانها لم تذكر في الجامع الصغير وفي مختصر القدوري وانما لم يذكرها في البداية
ايضا وانما ذكرت المسئلة في المبسوط قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا رجع الى مصره وقد
بقي معه ثياب وطعام او غيره رد في المضاربة لان جواز الانتفاع به لدفع الحاجة في زمان تفريغ
نفسه لعمل المضاربة ولم يبق على تلك الحالة فيؤمر بالرد الى مال المضاربة وهذا معنى قوله

تفسير النفقة
الدواء والكحل

نفقة الرهن على الراهن ودواؤه على المرتهن

ولو خرج الى السفر بماله وبمال المضاربة جميعا

علم هنا ان ضمير قال في الهداية لا يلزم ان يرجع الى الشخص وذكر مسئلتها في متن الهداية اي البداية ١٢

لانتهاء

لانتهاء الاستحقاق يعني استحقاق النفقة في السفر لتفريغ النفس لعمل المضاربة فاذا قدم مصره
انتهت العلة فانتهى الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا بقي معه شيء من النفقة بعد رجوعه وكالمولى
اذا بوأ امته مع زوجها ثم نقلها لخدمته وقد بقي معها شيء من النفقة كان للزوج ان يسترد ذلك
منها قوله الى الحاجة الراتبة اي الثابتة قوله وهو ما ذكرنا اي الحاجة الراتبة هي الطعام
والشراب والكسوة والركوب قوله ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة
يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز اي ومن جملة الحاجة الراتبة اعلم ان الدهن في مال
المضارب في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد الدهن في مال المضاربة وجه قولهما ان الدهن
ليس بمعتاد ولا تدعو اليه الضرورة فصار كاجرة الطبيب وجه قول محمد ان الدهن يستعمل المنفعة
في البدن دائما غير نادر كالطعام والشراب كذا ذكر القدوري في شرحه وقال ابو الحسن
الكرخي وليس في الخضاب رواية عن ابي يوسف ومحمد والظاهر انه كالحجامة وروي عن ابي يوسف
انه سئل عن الكحل فقال كما كان ياكل قوله وانما تطلق في جميع ذلك بالمعروف قال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا ينبغي له ان يسرف في النفقة وانما ينفق على المعروف عند
التجار واذا جاوز ذلك ضمن الفضل قوله قال اما الدواء ففي ماله اي قال في الجامع
الصغير قوله في ظاهر الرواية ليس في ذكره كثير فائدة لوجهين لانه رواية الجامع
الصغير وما ذكر فيه كله ظاهر الرواية ولانه ذكر بعد هذا عن ابي حنيفة انه يدخل في النفقة
فيفهم منه اشارة انه ظاهر الرواية لان كلمة عن تستعمل في غير ظاهر الرواية فيما كان نادرا
وتلك الرواية عن ابي حنيفة رواها الحسن بن زياد قوله قال واذا ربح اخذ رب المال ما
انفق من راس المال اي قال في الجامع الصغير وبيانه مر قبل هذا قوله فان باع المتاع مرابحة
حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه ولفظ محمد في الجامع
الصغير وقال عن ابي حنيفة ما انفق على المتاع في الحملان وغيره باعه مرابحة على ذلك وما
انفق على نفسه لم يبع المتاع مرابحة عليه والاصل فيه ان كل ما يوجب زيادة في راس المال حقيقة
بان اشترى ثوبا فصبغه احمر او حكما بان اكترى دوابا للمتاع لان القيمة تزداد بالنقل
من بلد الى بلد يكون ملحقا براس المال فيبيعه مرابحة عليه وعلى الثمن فيقول قام علي بكذا
ولا يقول اشتريته بكذا لانه ما اشتراه به فيكون كاذبا فيه وما انفق على نفسه لا يوجب
زيادة في المال لا حقيقة ولا حكما فلا يكون ملحقا براس المال والحملان اجر ما يحمل عليه من الدواب

ما ذكر في الجامع الصغير كله ظاهر الرواية

كلمة عن تستعمل في غير ظاهر الرواية

كذا في الديوان

تقصير الثياب

قوله قال وان كان معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بماية من عنده

وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب

عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها متاعا وقد كان

صاحب المال قال له اعمل فيه برايك فلما اشترى المتاع حمله بماية من عنده او قصره بماية

من عنده قال فهو متطوع فيما صنع وليس له من الماية شي في راس المال وان كان صبغ الثياب

حمرا كان شريكا بما زاد الصبغ في الثياب ولا يضمن الثياب الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير

والاصل هنا ما ذكرنا في اول كتاب المضاربة ان تصرفات المضارب ثلثة اقسام قسم منها

لا يملكه المضارب الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة فاذا عرفت ذلك قلنا اذا حملها

بماية من عنده فقد استدان على المضاربة بعد استغراق راس المال فلا ينفذ على رب المال

ويكون متبرعا وكذا اذا كان قصرها بماية من عنده ولا يصير شريكا في المال لان القصارة

ليست بعين مال قايم في الثوب واما اذا صبغها لم يملك ذلك على المضاربة لما قلنا لكن لا يضيع

ماله الا ترى ان الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فههنا اولى ولهذا لو صبغه

الغاصب احمر او اصفر لم يكن للمالك ان ياخذه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء اخذ الثوب

واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع

قيمة الثوب ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه وكذلك هنا يصير شريكا بقدر ماله

حتى لو صبغ الثوب ياخذ المضارب من الثمن ما زاد الصبغ فيه وما بقي يكون على المضاربة

ولا يكون المضارب ضامنا للثياب لان رب المال قال له اعمل فيه برايك فثبت له ولاية

الخلطة والشركة ولولا ذلك لكان لرب المال ان يضمنه اما الاستدانة فلا يستفاد ولايتها

الا بالتصريح ولم يوجد كذا قال قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير قال فخر الاسلام

وخص الحمرة لان السواد نقصان عند ابي حنيفة واما ساير الالوان فمثل الحمرة يعني اذا اصبغ

الثياب سودا كان كالقصارة سوا عند ابي حنيفة لان السواد عنده نقصان وعندهما زيادة

وهذا الاختلاف لاختلاف الزمان ولا يضمن النقصان الذي دخل في الثياب بفعله لانه

ماذون فيه بعقد المضاربة الا ترى انه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب سودا فنقصها ذلك

لم يضمن نكذا اذا صبغها بمال نفسه كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وقال في تجريد

المحيط وان صبغها المضارب بعصفر او زعفران او صبغ احمر يزيد في الثوب فان كان رب المال

قال له

١٣

قال له في المضاربة اعمل فيه برايك فالمضارب لا يضمن وان لم يقل له ذلك ضمن واذا لم يقل له

رب المال اعمل فيه برايك كان رب المال بالخيار وان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه ابيض يوم

صبغه وان شاء اخذ الثياب واعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصل

بثوبه كما في الغاصب وهذا اذا لم يكن في مال المضاربة فضل فاما اذا كان في مال المضاربة فضل

فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه فان لم يفعل رب المال شيا من ذلك حتى باع

المضارب الثياب جاز بيعه وبرى من الضمان ولم يكن لرب المال ان يمنعه من البيع واذا جاز

بيعه ينظر بعد ذلك ان باعها مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب

غير مصبوغة وعلى قيمتها مصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى انه اذا كان قيمة

الثياب غير مصبوغة الفا وقيمتها مصبوغة الف وماتان وبيعت بالف وماتين فالالف

للمضاربة والماتان للمضارب بدل صبغه وان باعها مرابحة فان هذا الثمن ينقسم على الثمن

الذي اشترى المضارب الثياب به وعلى قيمة الصبغ الذي صبغ المضارب الثياب به وفي المنتقى

رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاكترى سفينة بماية درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى

بالالف كله طعاما وحمله في السفينة فهو متطوع في الكرا ولو كان اشترى بتسعماية منها طعاما وبقي

في يده ماية فاذا هي الكرا لم يكن متطوعا وباعه مرابحة على الكرا **قوله** بخلاف القصارة

والحمل متصل بقوله كان له حصة الصبغ وتقدم بيانه قال المطرزي قصر الثياب ان بيضها

القصار فنعيلها وحرفته القصارة بالكسر **فصل آخر** لما كان مسايل هذا

الفصل متفرقة نحو هلاك مال المضاربة ونحو بيع عبد اشتراه من رب المال مرابحة ونحو جناية

عبد المضاربة ذكره في فصل على حدة **قوله** قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى

بها بزا فباعه بالفين واشترى بالالفين عبدا ثم لم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا

وخمسماية والمضارب خمسماية ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة

اي قال في الجامع الصغير قالوا هذا جواب الحاصل يعني ان حاصل الضمان يجب هكذا ولكن

الالفين في الابتدا يجبان جميعا على المضارب ثم يرجع المضارب على رب المال بالف وخمسماية

لان المضارب هو المباشر للعقد واحكام العقد ترجع اليه بيان ذلك ان المضارب لما اشترى

بزا كان على المضاربة فلما باعه بالفين ظهر نصيب المضارب لان المال نض فصار من جنس

واحد فلما ظهر له فيه نصيب وهو الربع واشترى بذلك جارية فهلك المال قبل النقد

يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها مصبوغة

اي قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة كما ذكره سابقا فتامل في التوفيق بين السابق واللاحق ١٣

وجب ضمان الربع عليه وثلثة ارباعه على رب المال فيكون ربع الجارية للمضارب لان ربع
الثمن له وثلثة ارباعها لرب المال فلما ملك المضارب ربعها بسبب ضمان ربع الثمن خرج
ربعها من المضاربة لان المضاربة امانة وبين الامانة والضمان منافاة ويبقى ثلثة الارباع
على المضاربة لعدم المنافاة لان ضمان رب المال لا ينافي المضاربة فيكون راس المال الفين
وخمسماية لان رب المال دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة فان اراد ان يبيعها المضارب
مراجحة باعها على الفين لان بيع المراجحة بيع بالثمن الاول وقد اشترى بالفين فان باعها باربعة بيع المراجحة بيع بالثمن الاول
الاف كان ربع الثمن وهو الالف للمضارب خاصة يبقى ثلثة الاف ياخذ منها رب المال
راس ماله وهو الفان وخمسمائة فاذا استوفى ذلك من ثلثة ارباعه يكون الباقي وهو
خمسماية بين رب المال والمضارب نصفين لان ذلك القدر هو الربح والله اعلم صاحب البزازي
قوله على ما نبين اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته **قوله** لما بيناه اشارة الى
قوله انه هو امانة **قوله** قال فان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسماية وباعه
اياه بالف فانه يبيعه مراجحة على خمسمائة اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة ثم اشترى رب المال
عبدا بخمسمائة فباعه اياه بالف على كم يبيعه مراجحة قال على خمسماية قال فان اشترى الذي
اخذ المال مضاربة عبدا بالف فباعه من رب المال بالف ومايتين قال يبيعه رب المال
مراجحة بالف ومايتين اذا كانت المضاربة بالنصف الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
واصل ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان بيع المراجحة يبتني على الامانة وتمتنع بشبهة
الخيانة كما يمتنع بحقيقتها الا ترى ان بدل الصلح لا يباع مراجحة الا ببيان لشبهة الحط
وكذا المشترى نسيئة لا يباع مراجحة بدون البيان لشبهة الزيادة بمقابلة الاجل فاذا
اشترى رب المال بخمسمائة وباعه من المضارب بالف والمضارب اشترى لرب المال
لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه باطل لكن لما كان حق المضاربة بمنزلة حق ثالث
صح البيع وبقيت شبهة بطلان البيع فيبيعه مراجحة على الثمن المتيقن وهو خمسماية
فاما اذا اشترى المضارب بالف وباعه من رب المال بالف ومايتين باعه رب المال مراجحة
على الف ومائة لان العقدين وقعا لرب المال ولم يقع للمضارب منه الا قدر مائة فيجب
اعتبار المائة وفيما وقع لرب المال لا يعتبر الربح لشبهة بطلان العقد الثاني وهذا اذا

كان

كان الشرط على النصف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب المضاربة
بين المضارب وبين رب المال واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة على ان ما كان
من ربح فهو بينهما نصفين فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة درهم فباعه من المضارب بالف
المضاربة فان باعه المضارب مساومة باعه كيف شا لان بيع المساومة لا يتقيد بثمن بل
الثمن ما تفقا عليه وقد اتفقا على القدر الذي ذكراه في العقد وان باعه مراجحة باعه على
خمسماية درهم لان عقد المضاربة عقد امانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة
والعقد الاول وقع لرب المال والثاني كذلك لانه بشرا المضارب لا يخرج عن ملك رب المال
الا انه صح العقد لزيادة فايدة وهي ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقي شبهة عدم وقوع
العقد الثاني فيبيعه مراجحة على الثمن الاول وذلك خمسماية درهم ولو كان رب المال اشتراه
بالف فباعه من المضارب بخمسماية باعه المضارب مراجحة على خمسماية لان العقدين وقعا لرب
المال فيبيعه على اقل الثمنين احترازا عن شبهة الخيانة لما بيناه ثم قال في شرح الكافي واذا دفع
الرجل الى الرجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها عبدا فباعه من رب
المال بالفي درهم باعه رب المال مراجحة على الف وخمسمائة لان المعتبر الثمن الاول وذلك الف
في حق رب المال وحصة المضارب من الربح وذلك خمسماية درهم فيبيعه مراجحة على الف وخمسماية
درهم بيانه ان الالف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد فيعتبر في بيع المراجحة ونصف الالف
الذي هو الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده فلا يعتبر اما النصف الذي هو حصة المضارب من
الربح وهو خمسماية خرج عن ملك رب المال الى ملك المضارب حقيقة بازاء هذا العبد فيعتبر
قوله وقد مر في البيوع اراد به ما ذكره في باب المراجحة بقوله واذا كان مع المضارب
عشرة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراجحة باثني
عشر ونصف وذلك لان في البيع الثاني شبهة العدم فاعتبر عدما في حق نصف الربح وعند زفر
لا ينعقد البيع بين رب المال والمضارب وقد مر ذلك ثمة **قوله** قال فان كان معه الف بالنصف
فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطاء فثلثة ارباع الفداء على رب المال
وربعه على المضارب اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها عبدا يساوي الفين فقتل العبد
رجلا خطاء قال الفداء عليهم ارباعا ثلثة ارباعه على رب المال وربعه على الذي اخذ المال

مضاربة فاذا فدياه كان لرب المال ثلثة ارباع العبد وللآخر ربع العبد يخدم رب المال ثلثة
ايام والآخر يوما الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير اعلم ان الدفع او الفداء لا يكونان الى المضارب
خاصة بل يكونان اليه والى رب المال جميعا لانهما ليسا من مقتضيات المضاربة اذ المقصود منها
الربح ولا يحصل الربح بالدفع او الفدا ويكون الخيار لهما جميعا ان شاءا فديا وان شاءا دفعا
فاذا فعلا ايهما شاءا بطل عقد المضاربة اما في صورة الدفع فلانه فات مال المضاربة واما
في صورة الفدا فنصيب المضارب بطل لان الضمان ينافي عقد المضاربة لانه بالفدا يتقرر
نصيب المضارب في العبد فيملكه فكان الفداء كالقسمة وبها ينتهي المضاربة واما نصيب
رب المال فلان العبد صار كالزايل عن ملكهما لان المجني عليه استحق العبد وبالفداء زال
الاستحقاق فيه فيصيران بالفداء كالمشتريين ابتداء ولو اشترياه ابتداء لا يكون على المضاربة
فكذلك هذا ويبقى العبد بينهما ارباعا يخدم للمضارب يوما ولرب المال ثلثة ايام وتمام الايضاح
فيه ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب جناية العبد من شرح الكافي للحاكم
الشهيد قال ولو اشترى المضارب بالف المضاربة عبدا قيمته الف درهم فجنى جناية خطاء
لم يكن للمضارب ان يدفعه بالجناية لانه ملك رب المال والمضارب ملك التجارة وهذا ليس
من باب التجارة فان فداه المضارب كان متطوعا فيما فعل لانه ملك رب المال والمضارب
فعل ما لم يجب عليه وكان العبد على المضاربة لانه لم يبق عليه شيء من حكم الجناية ولو كان
رب المال حاضرا قيل له ادفعه او افده فان دفع ارتفع العقد وان اختار الفداء اخذه فلم
يكن للمضارب عليه سبيل لان المقصود من الفداء استخلاص العبد لنفسه وابقاء الملك
فيه وذلك يقتضي انفساخ العقد فان اراد دفعه فقال المضارب انا افديه ويكون على
المضاربة لاني اريد ان ابيعه فاربح فيه كان له ذلك لانه قصد استبقاء حق التصرف
لنفسه فملكه اذ لا ضرر فيه بالمولى ولو كان المضارب غايبا لم يكن لرب المال ان يدفعه
لانه في يد المضارب وانما له ان يفديه لانه بالدفع يفوت يد المضارب مقصود الخلاف
الفدا لانه يفوت العقد ضمنا ولو كان المضارب اشترى ببعض المضاربة عبدا فجنى جناية
خطاء وفي يد المضارب من المضاربة مثل الفداء او اكثر لم يكن له ان يفديه بالمال
الذي في يديه لانه ليس من التجارة وهو مأذون في التجارة ولو كان اشترى بالالف
عبدا يساوي الفين فجنى جناية خطاء تحيط بقيمته او اقل منها لم يكن لواحد منهما ان يفديه

حتى يحضرا جميعا لان الملك لهما فكان الفداء عليهما وايهما فدى فقد تطوع به لانه فعل ما
ليس عليه فعله فاذا حضرا خوطبا بالدفع او الفدا كما لو حضرا حالة الجناية فان اختار
الفداء فهو عليهما ارباعا لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره ولا يبقى العبد على المضاربة
بعد ما فداه مولاه لانه استخلصه لنفسه فان اختار المضارب وحده الدفع دفع حصته
وهو الربع ويخير رب المال في ثلثة ارباع العبد بين الدفع والفداء لانها على ملكه فكان
الخيار اليه وخرج العبد من المضاربة لما تضمن من معنى الافراز والقسمة وكذا لو دفع
رب المال ثلثة ارباعه وفدى المضارب دفعه صح وكان له ذلك لانه فدى ملك نفسه ووقعت
القسمة بينهما لانه صار بالفداء مستخلصا فصار كما لو اقتسما ابتداء وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره قال محمد اذا اشترى ببعض مال المضاربة عبدا يساوي الفا فقتله رجل عمدا
فلا قصاص فيه وذلك لان رب المال لو اقتص لم يصر مستوفيا لراس ماله بالقصاص لان
القصاص ليس بمال ولا يجوز ان يقتص المضارب لانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز ان يجتمعا
على القصاص لان حق كل واحد منهما غير معين ولو كان اشترى بمال المضاربة وهو الف عبدا
قيمته الف فقتل فلرب المال القصاص لانه ملكه لا حق للمضارب فيه وابا في بعلى في شرح
مختصر الكرخي **قوله** لما بيناه اشارة الى قوله ويخرج نصيب المضارب وهو الربع
من المضاربة لانه مضمون عليه **قوله** والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم
اشارة الى مسئلة اول الفصل وهو ما اذا ضاع الالفان بعد ما اشترى بهما عبدا حيث
لا يخرج العبد فيه عن المضاربة بل يكون ثلثة ارباعه على المضاربة كما كانت وربعه للمضارب
خاصة وقد مر البيان فيه **قوله** بخلاف ما تقدم يعني ان دفع الفداء هنا كابتداء الشراء
فيخرج العبد عن المضاربة بخلاف مسئلة اول الفصل فان ثلثة ارباع العبد لا تخرج
عن المضاربة لان الواجب ثمة دفع الثمن فلا يكون كابتداء الشراء ويبقى المضاربة فيها لعدم المنافاة
بخلاف الربع فانه للمضارب خاصة ويبطل المضاربة فيها للمنافاة وقد مر البيان ثمة
قوله قال فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلك يدفع رب
المال ذلك الثمن وراس المال جميع ما يدفع اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضه في رجل دفع الى اخر الف درهم مضاربة فاشترى بها عبدا فهلكت
الالف بعد الشراء قال على رب المال ان يدفع اليه الفا اخرى ابدا فاذا دفعها المضارب الى البايع

ثم باع العبد بربح كثير فراس المال جميع ما دفع اليه رب المال ثم نقسمان الربح من بعد قال فخر الاسلام وقوله ابدا من الخواص وحاصل المسئلة ما قالوا في شرح الجامع الصغير ان المضارب اذا هلك المال رجع مرة فان هلك رجع اخرى فان هلك فكذلك ثم كذلك ابدا حتى يسلم الى البايع والوكيل بالشرا اذا هلك الثمن قبل التسليم الى البايع فان كان الثمن منقودا اليه ثم اشترى فهلك الثمن المنقود رجع به على الموكل فاذا هلك بعد ذلك لا يرجع بذلك ابدا وان كان الثمن غير منقود اليه فاشترى ثم قبض الثمن من الموكل فهلك الثمن قبل التسليم الى البايع يغرم من ماله ولم يرجع اصلا على الموكل والفرق بين فصلي الوكالة ان قبض الوكيل قبل الشرا بجهة الامانة دون الاستيفاء فاذا هلك بعد الشرا وهو دايم على الامانة فرجع به على الموكل صار مستوفيا ثم لا يرجع بعد ذلك لحصول الاستيفاء واذا كان الثمن غير منقود حتى اشترى ثم انتقد كان مستوفيا فلا يرجع بعد ذلك اصلا والفرق بين الوكالة والمضاربة ان الضمان ينافي الوكالة ولهذا الوكيل المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب يجب الضمان عليه ولا يعتبر امينا وعقد الوكيل يوجب دينا للبايع على الوكيل وللوكيل على الموكل فاذا قبض من الموكل بعد الشرا احمل قبضه على جهة الاستيفاء لا على جهة الامانة فاذا استوفى حقه مرة لم يبق الحق اصلا بخلاف المضارب فان الضمان ينافي المضاربة فلا يكون ضامنا بحال فيحمل قبضه على جهة الامانة لا على جهة الاستيفاء فلو حمل على الاستيفاء لكان المضارب ضامنا وهو باطل ولهذا رجع المضارب مرة بعد اخرى ما لم يسلم الى البايع **قوله** لوقوع الاستيفاء على ما مر اشارة الى قوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرا فجعل مستوفيا بالقبض بعده اي بعد الشرا

فصل

في الاختلاف اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب اخر الاختلاف لان الاصل عدم الاختلاف **قوله** قال فان كان مع المضارب الفان فقال قد دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رض في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فربح فيها الف درهم فقال المدفوع اليه المال دفعت الي الف درهم مضاربة وربحت فيها الفا على ان الربح بيننا نصفين وقال رب المال دفعت الالفين مضاربة قال القول قول الذي اخذ المال مضاربة الى

هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما وفي قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر القول قول رب المال لان المضارب ادعى شركة في ذلك المال ورب المال ينكر فكان القول قول رب المال الا ترى انه لو قال دفعت اليك بضاعة فالقول قوله وجه قوله الاخر وهو قولهما ان الاختلاف وقع في مقدار ما قبض المضارب والمضارب انكر زيادة القبض لانه يقول ما قبضت منك الا الف درهم ورب المال يقول قبضت مني الف درهم فالقول قول المضارب لانه انكر زيادة القبض فاذا لم يظهر الا قبض الالف فالالف الزايدة تكون ربحا الا ترى ان المضارب لو جاء بالفي درهم فقال الف درهم مضاربة والف درهم وديعة لفلان عندي او قال الف درهم مضاربة والف درهم من خالص مالي ورب المال يقول لا ولكن الف درهم راس المال والف درهم ربح فالقول قول المضارب بالاتفاق فكذلك هاهنا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير **قوله** وفي مثله القول قول القابض اي وفي مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض واحترز بالاختلاف في المقدار عن الاختلاف في الصفة فان القول فيه لرب المال كما اذا قال هي قرض او بضاعة وسيجيء ذلك بعد هذا **قوله** ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وذلك لانه اعرف بمقدار المقبوض الا ترى انه لو قال لم اقبض شيئا كان القول قوله وكذلك اذا اعترف بقبض شيء دون شيء **قوله** ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال ذكر هذا تفريعا على ما تقدم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الاختلاف من شرح الكافي فان اختلفا مع ذلك فيما شرط له من الربح فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت لي النصف فالقول قول المضارب في راس المال لانه ينكر زيادة القبض والقول قول رب المال فيما شرط له من الربح لانه يستفاد من قبله ثم اذا احتجنا الى تحليف كل واحد منهما فيما جعلنا فيه القول قوله نبداء هاهنا بيمين المضارب لانه ربما ينكل فيصير كل ما في يده راس مال كما زعم رب المال فيستغني عن تحليف رب المال فاما اذا كان المال زايدا على الالفين وظهر الربح نبداء ايضا بيمينه لان راس المال هو الاصل والربح يتفرع عنه فان اقاما البينة فالبينة بينة رب المال ويأخذ الالفين لانه المدعي لزيادة راس المال وقد اثبتها بالبينة فان كان المال ثلثة آلاف كانت البينة بينة المضارب على ما ادعى من الربح في الالف الفاضلة عن الالفين لانه ادعى زيادة استحقاق في الربح بشرطه وقد اثبته بالبينة كذا في شرح الكافي

في

قوله ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان
هي بضاعة فالقول قول رب المال وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فربح فيها الفا فقال الذي اخذ المال
مضاربة دفعت الي الف درهم مضاربة على ان الربح بيننا نصفين فربحت الفا وقال رب المال
دفعت اليك الف درهم بضاعة فربحت فيها الفا قال القول قول رب المال الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وذلك لانهما اتفقا على مقدار المقبوض الا ان المضارب ادعى عليه تقوم
عمله او ادعى الشركة او الشرط ورب المال منكر فكان القول قوله قوله ولو قال المضارب اقرضتني
وقال رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ذكره تفريعا
على ما تقدم قال القدوري في شرح مختصر الكرخي ولو قال المضارب اقرضتني المال والربح لي
وقال رب المال دفعته اليك مضاربة او بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه التمليك فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت التمليك ولانه
لا تنافي بين البينتين لجواز ان يكون اعطاه بضاعة او مضاربة ثم اقرضه ولو قال المضارب
دفعت الي مضاربة وقال رب المال اقرضتك فالقول قول المضارب لانهما اتفقا ان الاخذ
باذن المالك ورب المال يدعي على المضارب الضمان فالقول قوله في نفيه فان قامت لهما بينة
فالبينة بينة رب المال وذلك لانه يثبت الضمان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل مالا ليربح فيه ربحا فقال العامل اقرضتني هذا المال
وقال الدافع دفعته اليك بضاعة او قال مضاربة بالثلث او قال مضاربة ولم اسم
لك شيئا او قال سميت لك مائة من الربح فالقول قول رب المال لانه في الاول ينكر استحقاق
شيء من الربح عليه وفي الثاني ينكر استحقاق زيادة على قدر ثلث الربح وفي الثالث والرابع
ليس له شيء من الربح فكان القول قوله قال فان هلك المال في يد المضارب بعد هذا القول صار
ضامنا للكل لانه بدل اليد بنفسه فصار غاصبا فيضمن كذا في شرح الكافي قوله ولو ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب ذكر
هذا ايضا تفريعا والاصل هنا ان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق لا التخصيص ولهذا
لو قال خذ هذا الالف مضاربة بالنصف له ان يعمل في انواع التجارات ولو لم يكن مقتضى العقد
العموم لما صح الا بالتخصيص فاذا اختلفا فالقول قول من يدعي العموم لانه متمسك بالاصل

الاصل في المضاربة العموم والاطلاق

الذي

الذي هو مقتضى العقد والآخر يدعي امرا زائدا لانه يدعي زيادة شرط فلا يقبل قوله فاذا
اتفقا ان العقد وقع خاصا فالقول قول رب المال لانهما اتفقا على العدول عن ظاهر العقد وعلى
انه وقع على الخصوص فصار كالوكالة الخاصة اذا اختلفا فيها ان القول قول الموكل وقال
الكرخي في مختصره وقال الحسن بن زياد القول قول رب المال في الوجهين جميعا قال القدوري
في شرحه ومن اصحابنا من قال انه قول زفر لان الامر مستفاد من جهة رب المال فالقول قوله
كيفما امر فان اقيمت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لانهم اذا شهدوا اطلق المضاربة
فشهود رب المال قد شهدوا بشرط زائد فشهادتهم اولى فان قال رب المال دفعت في البز
وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال ~~لانهم اذا شهدوا اطلق المضاربة فشهود
رب المال قد~~ في قولهم لانهما اتفقا على خصوص العقد فلم يجز الرجوع الى ما تقتضيه العقد
فكان القول قول من استفيد الاذن من جهته فان قامت لهما البينة كانت بينة المضارب
اولى لانه ينفي الضمان عن نفسه وهو محتاج الى ذلك والآخر لا يحتاج الى ذلك ولو تعارضت
البينتان في صفة الاذن ووقتا وقتا فالوقت الاخير اولى لان الشرط الثاني ينقض الاول
فكان الرجوع اليه اولى كما اذا قال رب المال دفعت اليك الفا مضاربة في بز من رمضان
وقال المضارب دفعت الي الفا مضاربة في طعام في شوال واقاما بينة كانت بينة المضارب
اولى وقال في تجريد المحيط واعلم بان العموم في المضاربة كما يثبت بالتنصيص عليه يثبت
مقتضى لفظ المضاربة واذا اختلفا على الوجه الذي ذكرنا وكان ذلك قبل التصرف
كان القول قول رب المال ويجعل انكار رب المال العموم نهيا له عن العموم ولو ثبت العموم
بالتصرف باتفاقهما ثم نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف عمل نهيه فكذلك هذا واما اذا
كان هذا الاختلاف بعد التصرف فالقول قول المضارب مع يمينه استحسانا وعلى رب المال
البينة وبالاستحسان اخذ علماؤنا والقياس ان يكون القول قول رب المال مع يمينه
وبالقياس اخذ زفر وان كان رب المال يدعي العموم والمضارب يدعي الخصوص بعد التصرف
فالقول قول رب المال قياسا واستحسانا وعلى المضارب البينة واجمعوا على انهما اذا
اتفقا على الخصوص واختلفا في الجنس الذي وقع فيه الخصوص فقال رب المال اذنت لك في البز
وقال المضارب اذنت لي في الطعام وكان هذا الخلاف بعد تصرف المضارب ان القول قول
رب المال ولو اقاما جميعا البينة فيما ادعى المضارب العموم ورب المال ادعى الخصوص

أي شهود المضارب ١٢

اي او ادعى المضارب العموم ورب المال الخصوص ١٢

الشيخ اكمل الدين صرح بخلاف ما صرح الشارح حيث قال البينة لرب المال لي

اوعلى العكس ان وقتت البينتان وقتا احدهما قبل صاحبتها فانه يقضى ببينة الذى يثبت
اخر الامرين ولو لم يوقت البينتان او وقتا اووقتتا على السوا او وقت احدهما ولم توقت
الاخرى ولم يعلم الاول من الاخر فانه يقضى ببينة الذى يستحق الخصوص لان مدعى الخصوص
اثبت ببينته ما ليس بثابت وهو تغيير العقد عن مقتضاه بشرط زايد اقترن به والله اعلم

بسم الله الرحمن الرحيم رب تمم بالخير

كتاب الوديعة

مناسبة هذا الكتاب بما تقدم من حيث
ان اول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقى من الادنى الى الاعلى
لان الوديعة امانة بلا تمليك شى والعارية ايضا امانة مع تمليك المنفعة لكن بلا عوض
وفى الهبة تمليك عين بلا عوض وهى الهبة المحضة التى ليس فيها معنى البيع وفى الاجارة
تمليك منفعة بعوض وفيه معنى اللزوم وما كان لازما اقوى واعلى مما كان ليس بلازم
فكان فى الكل الترقى من الادنى الى الاعلى فاورد الهبة قطرتين يتكلف ثم اعلم ان عقد الوديعة
مشروع مندوب اليه والدليل على ذلك قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وهو تعاون على
البر لان فيه اعانة لصاحبها بحفظ ماله وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال
من ائتمن امانة فليردها ولا خلاف بين الامة فى ذلك وقد قال تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا
الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل ان الله نعما يعظكم به ان الله كان
سميعا بصيرا قال ابن مسعود الامانة فى كل شى فى الوضوء والصلوة والصوم والزكوة وغسل
الجنابة وفى الكيل والوزن واعظم من ذلك الودايع كذا فى التيسير **قوله** قال الوديعة
امانة فى يد المودع اذا هلكت لم يضمنها اى قال القدورى فى مختصره وهذا من قبيل حمل العام
على الخاص وهو جايز كما فى قولك الانسان حيوان ولا يجوز عكسه لان الوديعة عبارة عن
كون الشى امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد كما اذا
هبت الريح والقت ثوب انسان فى حجر غيره يكون ذلك امانة عنده ولكن بلا قصد فعلى هذا معنى
قوله الوديعة امانة اى هى غير مضمونة اذا هلكت من غير تعد وانما لا يلزمه الضمان لحديث الشيخ

ابو الحسن الكرخى فى مختصره قال حدثنا الحضرمى قال حدثنا كامل بن طلحة قال حدثنا ابن لهيعة
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من استودع وديعة
فلا ضمان عليه وذكر الكرخى ايضا باسناده الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال العارية بمنزلة
الوديعة لا يضمن صاحبها الا ان يتعدى وروى الفقيه ايضا باسناده الى محمد بن الحنفية
عن على رضى الله عنه قال لا يضمن العارية انما هو المعروف الا ان يخالف وروى الكرخى ايضا
وقال حدثنا الحضرمى قال حدثنا محمد بن العلاء قال حدثنا ابو معوية عن شيبان عن جابر
عن عاصم عن الحسن قال ادركت ثمانين من اصحاب محمد عليه الصلاة والسلام ما رايتهم يضمنون
الودايع وروى ايضا باسناده الى شريح قال كان يقول من استودع وديعة فاودعها غيره
بغير اذن اهلها فقد ضمن ولان الناس يقع بهم الحاجة كثيرا الى ان يستعين البعض فى حفظ اموالهم
فلو لزم الضمان من غير تعد لامتنعوا عن القبول وتعطلت المصالح وفيه من الحرج ما لا يخفى
على احد والحرج مدفوع شرعا **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل
ضمان فيه نظر لان ابا عبيد جعله من كلام شريح فى غريب الحديث حيث قال فى حديث النبى عليه
الصلاة والسلام فى صلح الحديبية حين صالح اهل مكة وكتب بينه وبينهم كتابا فكتب فيه ان
لا اغلال ولا اسلال وان بينهم عيبة مكفوفة قال ابو عمرو الاسلال السرقة يقال فى بنى فلان
سلة اذا كانوا يسرقون والاغلال الخيانة ثم قال وكان ابو عبيدة يقول يقال رجل مغل مسل
اى صاحب سلة وخيانة ومنه قول شريح ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع
غير المغل ضمان يعنى الخاين قال النمر بن تولب يعاتب امراته جمرة فى شى كرهه منها **قوله**
جزى الله عنا جمرة ابنة نوفل جزاء مغل بالامانة كاذب كذا ذكر فى غريب الحديث
وذكر الفقيه ابو الليث السمرقندى فى خزانة الفقه لا ضمان على المودع الا فى ثلثة اشيا
التقصير فى حفظها وخلطها بماله ومنعها من مالكه بعد الطلب ثم قال فيها اربعة نفر يجوز للمودع
دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والاجير ثم قال فيها شيئان
لا يوجبان الضمان مع الخلاف اذا قال لا تدفع الى زوجتك فدفع اليها وتلفت او قال احفظها
فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر من تلك الدار **قوله** قال وللمودع ان يحفظها بنفسه
وبمن فى عياله اى قال القدورى فى مختصره وتمامه فيه فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم
ضمن الا ان يقع فى داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة

اخرى الى هذا لفظ المختصر وانما كان له ان يحفظها بيده وبيد من في عياله لان المالك رضي بذلك لانه
اراد ان يحفظها كما يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ ماله عادة بيده وبيد من في عياله فكان
بيد من في عياله كيده فكان المالك راضيا بحفظ من في عياله ولان المودع لا يتمكن من الحفظ بنفسه
دائما عادة لانه ربما يخرج من بيته فيبقى جميع ما في البيت في يد من هو فيه فكان كاستحفاظ
المودع استحفاظ من في عياله فكان المودع ماذونا في الحفظ بنفسه وبمن في عياله دلالة فلا
يضمن اذا هلكت الوديعة عند من في عياله وقال الشافعي رحمه الله يضمن الا اذا استحفظهم استعانة
من غير ان يغيب عن عينه واستدل بانه اودع الوديعة بغير اذن صاحبها من غير حاجة فلزمه
الضمان كما اذا اودعها من اجنبي والجواب ان تسليمها الى عبده وزوجته ليس بايداع
وانما هو استخدام واستحفاظ بيتي ذلك ان المودع تنفرد يده عن يد المودع وههنا يده غير
مميزة عن يده وحرزهم حرز واحد فصار كما لو وضعها في بيت ثم استحفظ اهل البيت فنظير الفرق
بين الاجنبي ومن في عياله قال في شرح الطحاوي الذين هم في عياله الذين يسكنون معه وتجب من في عياله من هم
عليه نفقتهم من اجيره وغلامه وامراته وولده وغيرهم وهذا اذا لم ينهه صاحب الوديعة
عن الدفع الى من هو في عياله فاما اذا نهاه عن ذلك ثم دفع وضاعت الوديعة فانه ينظر ان كان
يجد بدا من دفعها اليه فانه يضمن وان كان لا يجد بدا من دفعها اليه فلا ضمان عليه كذا في شرح
الطحاوي وقال في الفتاوى الصغرى وتفسير من في عياله في هذا الحكم ان يسكن معه سواء
كان في نفقته اولا ونقله من وديعة النوازل والواقعات والمراد من الاجير اجير المشاهرة
او المسانهة دون المياومة كذا في خلاصة الفتاوى وذكر في الواقعات الحسامية في باب الوديعة
بعلامة النون امراة اودعت وديعة فدفعت الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج في عيالها
لان العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة الا ترى ان الابن اذا كان معهما ساكنا وليس في عيالها
فخرجا من المنزل وتركا المنزل على الابن لا يضمنان رجل آجر من داره بيتا انسانا ودفع الوديعة
الى هذا المستاجر فهذا على وجهين اما ان كان لكل واحد منهما غلق على حدة او لم يكن وكل واحد
منهما يدخل على صاحبه بغير حشمة ففي الوجه الاول يضمن لانه ليس في عياله ولا بمنزلة
من في عياله وفي الوجه الثاني لا لانه بمنزلة من في عياله وقال فيها في هذا الباب ايضا ولو
دفعها الى رجل يجري عليه نفقته كل شهر يضمن يريد به اذا كان يجري عليه نفقته لكن لا يسكن
معه ويقال بالفارسية اجراخور لان هذا ليس في عياله لانه غير ساكن معه رجل له امراتان اجراخور

ولكل واحد منهما ابن من غيره يسكن معه وينفق عليهما فهما في عياله لانه وجد تفسير من في عياله
وهو كونه ساكنا معه وقال في خلاصة الفتاوى الثيابي اذا ترك ثياب الناس في الحمام وخرج
عن الحمام وترك على حلاق في الحمام وذهب فضاع ثوب الرجل لا يضمن بمنزلة الزكام وقال
في آخر شرح الجامع الكبير المودع لو دفع الوديعة الى عاقلة يعني الى الذي المودع في عياله لم يضمن
قال الامام الزاهد العتابي وهذه الرواية لم توجد الا في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير وقال
في الفتاوى الولوالجي ولو وضع الثياب في الحمام براى عين صاحب الحمام ولم يقل شيئا بالاتفاق
ودخل الحمام فان لم يكن للحمام ثيابي وهو الذي يقال له بالفارسية جامه دار يضمن صاحب الحمام جامه دار
لان وضع الثياب براى عينه استحفاظ منه وان كان للحمام ثيابي حاضر لا يضمن صاحب الحمام
لان هذا استحفاظ للثيابي دلالة في اي موضع يضع الا اذا نص على استحفاظ صاحب الحمام
بان قال لصاحب الحمام اين اضع هذه الثياب فحينئذ صار صاحب الحمام مودعا وان كان ثمة ثيابي
فيضمن ما يضمن المودع **قوله** فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن هذا لفظ القدوري
وذلك لان المالك لم يرض بحفظها بيد من ليس في عيال المودع لان الايدي تتفاوت في الحفظ والامانة
فلا جرم يضمن اذا اودعها غيرهم الا اذا وقع حريق غالب يخاف منه على الوديعة فسلمها الى جاره
او كان المودع في سفينة معها فخاف الغرق او اللصوص وما اشبه ذلك فدفعها الى غيره لا يضمن
لانه مامور بالحفظ من جهة المالك ولا طريق للحفظ في مثل هذه الحالة الا بالدفع الى غيره فكان
ماذونا في الدفع دلالة فلا يضمن قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو يوسف ولا يصدق
على العذر حتى يقيم البينة ثم قال وكذلك قياس قول ابي حنيفة وذلك لان الايداع سبب للضمان
فاذا ادعى سقوط الضمان للضرورة لم يقبل قوله كما لو ادعى ان المالك اذن له في الايداع وقال
في خلاصة الفتاوى فان دفع لضرورة بان احترق بيت المودع فدفعها الى جاره لا يضمن
وكذا فيما يشبه هذا ثم قال فيها شمس الائمة الحلواني في صلح الاصل هذا اذا لم يجد بدا من الدفع
الى الاجنبي اما اذا امكنه الدفع الى من في عياله فدفعها الى اجنبي يضمن وقال الامام خواهر زاده
في كتاب الصلح ايضا هذا اذا كان الحريق غالبا احاط بمنزل المودع اما اذا لم يكن محيطا يضمن
بالدفع الى الاجنبي ونقل في الخلاصة عن المنتقى ان علم انه وقع الحريق في بيته فيقبل قوله والا فلا
قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره لا يقال ينتقض هذا بالمستعير والعبد
الماذون والمكاتب حيث يكون لهؤلاء الاعارة والاذن والكتابة لان المستعير مالك للمنفعة

والماذون يتصرف بحكم الملك فيملك التمليك وكذا المكاتب **قوله** والوضع في حرز غيره ايداع
يعني يضمن بالوضع في حرز غيره كما يضمن بالايداع الا اذا استاجر بيتا يحرز فيه متاعه فوضع الوديعة
فيه لا يضمن لانه حرز نفسه حيث استاجره وان كان ملكا لغيره **قوله** الا ان يقع في داره حريق
اي نار وهذا الاستثناء من قوله ضمن وقد مر البيان انفا **قوله** قال فان طلبها صاحبها فحبسها
عنه وهو يقدر على تسليمها ضمنها اي قال القدوري في مختصره والاصل في ذلك ان رد الوديعة
الى صاحبها واجب لقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وقوله تعالى فان امن
بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن امانته فاذا كان الرد واجبا بحكم الشرع ولم يرد بعد الطلب
يكون معزولا عن الحفظ متعديا في امساك المال بغير اذن صاحبه فيضمن وقد قالوا ان الواجب
عليه التمكين من اخذها دون حملها الى صاحبها قال في شرح الطحاوي وكذلك لو جحد الوديعة
ثم اقر بها صارت مضمونة عليه ولا يبرا من ضمانها الا بالتسليم الى صاحبها بخلاف المودع
اذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف وعاد الى الوفاق ارتفع الضمان عندنا وعند الشافعي رح
لا يرتفع كالجحود **قوله** قال فان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها اي قال القدوري
في مختصره وقال محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اودع
رجلا الف درهم فخلطها بالف درهم اخرى قال الالفين على المودع وليس لصاحبها الذي
اودعها عليه سبيل وقال ابو يوسف ومحمد يشركه ان شاء قالوا في شروح الجامع الصغير
هذا اذا خلطها من غير اذابة فاما اذا كان باذابة فجواب ابي حنيفة لا يختلف بل ينقطع الملك
بكل حال وروي عن ابي يوسف انه جعل الاقل تابعا للاكثر وقال محمد يشركه بكل حال لان
الجنس لا يغلب الجنس عنده كما في الرضاع اما ان جعلت لبنيهما في قدح وصب ذلك في حلق صبي
عند ابي يوسف العبرة للاكثر وعند محمد يثبت الرضاع منهما والحاصل هنا ما قالوا في شروح الجامع
الصغير ان الخلط على اربعة اوجه خلط بطريق المجاورة مع امكان التمييز كخلط الجوز باللوز
والدراهم البيض بالسود فانه لا يقطع حق المالك بالاجماع لتيسر الوصول الى عين حقه والثاني
خلط بطريق المجاورة على وجه يتعذر التمييز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع حق المالك
في بعض الروايات لان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير وكذا الشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فيتعذر
التمييز حقيقة والتمييز حكما وهو القسمة متعذر ايضا لاختلاف الجنس فكان الخلط استهلاكا
والثالث خلط بطريق الممازجة في خلاف الجنس كخلط الدهن بالخل ونحوه وانه يقطع حق المالك

الخلط على اربعة اوجه

بالاجماع

بالاجماع لتعذر الوصول الى عين الحق والرابع الخلط بطريق الممازجة او المجاورة في الجنس فالاول
كخلط دهن الجوز بدهن الجوز والثاني كخلط الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدراهم البيض
بالدراهم البيض فعند ابي حنيفة ينقطع حق المالك وعندهما يتخير المالك ان شاء ضمنه مثله وان
شاء شاركه في المخلوط لان التمييز والوصول الى عين الحق ان تعذر من حيث الحقيقة لم يتعذر
من حيث الحكم بالقسمة فيمتنع الهلاك والقسمة فيما يكال او يوزن افراز وتعيين بالاجماع حتى ينفرد
كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته من غير قضاء ولا رضا ويملك كل واحد منهما بيع نصيبه
مرابحة على نصف الثمن فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيتخير ان شاء مال الى جانب
الهلاك وضمنه القيمة اخذا بالوجه الذي هو مستهلك وان شاء اخذ بالوجه الذي هو غير
مستهلك وشاركه ولابي حنيفة ان خلط الجنس بالجنس لا يحتمل التمييز فكان استهلاكا لانه يعجز
المالك عن الانتفاع بجهته فينقطع الحق الى الضمان كما في الخلط بخلاف الجنس على وجه يتعذر التمييز
وما قالا من القسمة لا يصلح مانعا من الهلاك لان القسمة من ضرورات الشركة فلا تصلح علة
للشركة اعني ان القسمة حكم الشركة فلا تكون علة للشركة لانه حينئذ ينقلب العلة حكما والحكم
علة وهو فاسد **قوله** وخلط الخل بالزيت بالخاء المهملة كذا السراج وهو دهن السمسم
قوله ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح اي من قبيل انقطاع حق المالك وقوله
في الصحيح احتراز عن رواية الحسن قال شمس الائمة البيهقي في كتاب الغصب من الكفاية
روى الحسن في مسئلة خلط الحنطة بالشعير عن ابي حنيفة مثل قولهما **قوله** لما ذكرنا اشارة
الى قوله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه **قوله** قال
وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها اي قال القدوري في مختصره وذلك كان
الوديعة اذا تلفت بغير فعل المودع لا يضمن فكذا اذا اختلطت لانه لم يوجد التعدي منه
قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي فان انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان
عليه وهما فيه شريكان وان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر
ما كان لكل واحد منهما يعني اذا كان لاحدهما الف وللاخر الفان يقسم الباقي بينهما اثلاثا لانه
اختلط بمال الاخر خلطا لا يمكن التمييز بينهما فيثبت الشركة بينهما حيث لم يجب الضمان لعدم التعدي
لوجود ملك كل واحد منهما في بعضه قال الولوالجي في فتاواه هذا اذا كانت الدراهم صحاحا
او مكسرة فاما كان دراهم احدهما صحاحا ودراهم الاخر مكسرة لا يثبت الشركة بينهما بل يميز مال

كل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لانه يمكن التمييز بينهما وان كان
مال احدهما دراهم صحاحا جيادا وفيها بعض الردى ودراهم الآخر صحاحا ايضا ردية وفيها بعض الجياد
يثبت الشركة بين المالين لان هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ثم كيف يقتسمان ان تصادقا ان ثلثي
مال احدهما جياد وثلثه ردى وثلثي مال الآخر ردى وثلثه جيد يقتسمان الجياد من المال
المختلط اثلاثا والردى اثلاثا على قدر ما كان لكل واحد منهما وان لم يتصادقا وكان لا يعرف وادعى
كل واحد منهما ان ثلثي ماله جياد وثلثه ردى ومال صاحبه ثلثاه ردى وثلثه جيد يأخذ كل
واحد منهما ثلث الجياد لانهما اتفقا على انه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد فيأخذان ذلك واختلفا
في الثلث الآخر ادعى كل واحد منهما لنفسه وذلك الثلث في ايديهما في يد كل واحد منهما نصف
هذا الثلث وهو سدس الكل فيكون القول قول كل واحد منهما فيما في يده ويحلف كل واحد منهما
على دعوى صاحبه فان حلفا برئا عن الدعوى وترك المال في ايديهما كما كان وان نكلا قضى
لكل واحد منهما بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه وكذلك ان قامت لهما
جميعا البينة وان حلف احدهما ونكل الآخر برئ الحالف فيرد الناكل نصف الثلث وهو سدس
الكل الذي في يده الى صاحبه قال الحاكم الشهيد وان فعل ذلك انسان في بيته من عياله من صغير
او كبير او مملوك او اجنبي فلا ضمان فيه على المستودع والضمان على الذي خلطها وانما لم يجب
الضمان على المودع لانه لم يوجد منه التعدي وجعل فعل من في عياله كفعله فيما فيه ضرورة
وهو الحفظ لا في حق الاستهلاك ووجب الضمان على الخالط لان السبب الضمان وهو الاستهلاك
وجد منه **قوله** قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان البعض الذي انفقه يجب عليه ضمانه بالاتلاف والبعض
الباقي يجب ضمانه ايضا لان المردود ماله وقد خلطه بالوديعة والخلط استهلاك لانه لا يمكن
التمييز فلذلك ضمن الجميع قال الولوالجي في فتاواه وان كانت الوديعة دراهم او دنانير
او شيئا من المكيل والموزون فانفق طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما انفق منها لانه
اتلف بالانفاق ولا يضمن ما بقي لانه لم يتلف فان جاء بمثل ما انفق وخلطه بالباقي صار
ضامنا لجميعها ما انفق بالاتلاف وما بقي بالخلط هذا اذا لم يجعل على ماله علامة حين خلط بمال
الوديعة اما اذا كان ثمة علامة لا يضمن سوى ما انفق لامكان التمييز **قوله** قال واذا
تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها

غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان اي قال القدوري في مختصره ولقب المسئلة
ان المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرئ عن الضمان عندنا خلافا لزفر والشافعي
كذا في نسخ طريقة الخلاف وقال في التحفة وفي المستاجر والمستعير اذا خالفا ثم تركا الخلاف يبقى
الضمان وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى وفي الاجارة
والاعارة الاصح انه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق واختلف المشايخ في ان المعين بالخلاف
هل يدخل في ضمانه ام لا قال بعضهم لا يدخل في ضمانه حتى لو هلك في حالة الخلاف لا يضمن واليه
ذهب الفقيه ابو جعفر الهندواني والصحيح انه يدخل في ضمانه بالخلاف فان محمدا نص في الكتاب
انه اذا هلك في حالة الخلاف واختلفا في القيمة فالقول قول المودع والبينة بينة المالك كذا
ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية والاصح ان المعين
يدخل في ضمانه لان محمدا ذكر بلفظ البراءة والبراءة انما تكون بعد الوجوب وجه قولنا ان
عقد الوديعة ارتفع بالخلاف لان الخلاف خيانة والوديعة امانة وبين الخيانة والامانة منافاة
فلا يجتمعان فلا يبرأ عن الضمان لانه لو برئ انما انه يبرأ بالابراء او بالرد الى المالك او بالرد الى
نايب المالك ولم يوجد واحد من هذه الاشياء فلا يبرأ عن الضمان والحاصل انهما اعتبرا الخلاف
فعلا بالخلاف قولا فانه اذا جحد الوديعة ثم اقر لا يبرأ عن الضمان فكذا هنا ولنا ان الامر بالحفظ
باق بعد الخلاف لاطلاق الامر لانه لم يختص بوقت دون وقت ولهذا يملك امساكها على التابيد
فاذا كان الامر باقيا وحكمه لزوم حفظ المامور به وقد عاد الى الوفاق كان حافظا بحكم الامر
فيبرأ عن الضمان لانه بالوفاق حصل الرد الى نايب المالك وهو المودع المامور بالحفظ غاية
ما في الباب انه بالخلاف فوت الامتثال وصحة الامر ليست بموقوفة على وجود الامتثال ففواته
في المستقبل كيف يعدمه ولا يكون الخلاف ردا للامر لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الدلالة
الا ترى ان امر صاحب الشرع لا يبطل بالخلاف فاذا كان الامر باقيا وعاد الى الوفاق حال قيام
الامر زال الضمان وارتفاع حكم العقد الذي هو لزوم الحفظ المامور به حالة الخلاف ضرورة
ثبوت نقيضه وهو تفويت الامتثال لا بتصرف وجد من المودع برفع العقد وابطاله والثابت
بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فكان الارتفاع مقتصرا على القدر الذي وجد الخلاف
وفات الموجب لا عين فيبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق والدليل على ان الخلاف لا يبطل
الامر ان من وكل رجلا يبيع عبده فاعتقه او رهنه او باعه بثمن يسير وقد امره ان يبيعه بالكثير

من ذلك لا يجوز ما فعله لانه خالف وتعدى ومع هذا لا يبطل الامر حتى لا يمنعه من بيعه في الثاني
بالثمن الذي كان امره به هذا الذي قلنا من بقاء الامر ظاهر فيما اذا كان الامر مطلقا اما
اذا كان موقتا فخالف في الوقت فكذلك لان الامر انما ثبت بالتنصيص بقوله احفظ هذا المتاع
شهرا او كذا الشهود قايم حال الخلاف لانه كان قايما قبل الخلاف فمن ادعى الارتفاع بالخلاف
فعليه الدليل فاذا كان قايما فبالعود الى الوفاق حصل الرد الى نايب المالك فيبرئ عن الضمان
غاية ما في الباب انه بالخلاف دخل العين في ضمانه ولكن موقتا الى غاية الرد بدليل قوله عليه
الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد فاذا وجد الرد الى نايب المالك انتهى الضمان
وزاد في التحقيق في المسئلة ان الخلاف ليس برافع للامر وضعا وليس بمضاد له شرعا بيان الاول
ان الخلاف اثره في لبس الثوب وركوب الدابة وليس بموضوع لرفع الامر وبيان الثاني ان
الخلاف اثره في تفويت الحفظ المامور به وتفويت الحفظ المامور به لا ينافي الطلب بل
يحقق شرط الطلب لان الطلب ابدا انما يكون في المعدوم لا الموجود فاذا كان متحققا للطلب
كيف يكون منافيا للطلب فان قلت سلمنا ان الخلاف ليس برافع للامر وضعا ولا دلالة ولكن
لم قلت بانه لم يتضمن معنى ذلك المعنى يقتضي انفساخ العقد بيانه ان المودع طلب من
المودع تمليك المنافع والمودع ملكه فيكون هذا عقد الاعارة لان الاعارة تمليك المنفعة
وبالخلاف استرد ما اعار لانه كان حافظا لمالكه والآن صار حافظا لنفسه واذا صار حافظا
لنفسه يكون قابضا لنفسه فلا يكون قابضا لمالكه وصار هذا كما اذا كانت العارية عينا
فاسترد ينفسخ قلت لا نسلم ان المودع معير بدليل انه يملك رد الوديعة من امانة شئ
ولو كان معيرا لما ملك ولئن سلمنا بانه معير ولكن لا نسلم ان الخلاف استرداد ما اعار سلمنا
انه كان حافظا لمالكه فصار حافظا لنفسه ولكن نقول قبض العارية انما يوجب انفساخ
العقد باعتبار العجز والعجز هنا ليس بثابت لان القدرة قايمة والجواب عن مسئلة الجحود
فنقول روي عن ابي يوسف في شرح الطحاوي انه اذا جحد الوديعة في حال غيبة المودع
لا يضمن فنقول لا نسلم انه يضمن اذا عاد الى الوفاق ولئن سلمنا فنقول ان الجحود فسخ للعقد
لانه انكار من الاصل ولهذا اذا تجاحد المتبايعان انفسخ البيع بينهما فكان الجحود كناية عن
الفسخ فاذا انفسخت الوديعة بالجحود لم تعد الا بعقد جديد ولم يوجد فلم يبرأ عن الضمان
بالاقرار بعد ذلك بخلاف خلاف المودع مع الاعتراف لانه لا يزول الامر بالحفظ فاذا عاد

الى

الى الوفاق زال الضمان بزوال سببه واما مسئلة العارية فالجواب عنها على التفصيل ان استعار
ذاهبا لا جائيا لا يبراء عن الضمان وان استعار ذاهبا وجائيا يبرئ عن الضمان والفقه
فيه انه اذا استعار ذاهبا لا جائيا فاذا بلغ المكان انتهى العقد فاذا جاوز دخل العين في ضمانه
فاذا عاد والامر ليس بباق فلا يبراء عن الضمان واما اذا استعار ذاهبا وجائيا فاذا بلغ
ذلك المكان لا ينتهي العقد فاذا جاوز دخل العين في ضمانه فاذا عاد والامر باق فيبراء عن
الضمان وخرج الجواب ايضا عن مسئلة الاجارة على هذا الوجه هذا على ما قيل ان المستاجر
والمستعير كالمودع والجواب على الاصح ان يد المستاجر لنفسه لا للمالك فهو وان زال التعدي لم
يرده الى المالك ولا الى نايبه وكذلك المستعير لان يده لنفسه لا للمالك بخلاف المودع فان
يده للمالك لانه نايبه لقيام الامر وابا في تعليل في شرح طريقة الخلاف خصوصا في الطريقة البرهانية
المطولة اعني طريقة الصدر الكبير البرهان الاجل صاحب المحيط ابا محمد عبد العزيز بن عمر بن
ابي سهل المعروف بمازه البخاري ره **قوله** فاذا ارتفع اي نقيض حكم العقد ارتفع بالعود
الى الوفاق ونقيضه تفويت الامتثال والنقيض الذي يلزم من وجوده ارتفاع ما يقابله
ومن ارتفاعه وجود ما يقابله عاد حكم العقد وهو لزوم الحفظ المامور به **قوله** فحصل
الرد الى نايب المالك يعني لما عاد حكم العقد بالعود الى الوفاق حصل رد الوديعة الى نايب
المالك وهو المودع فيبرئ عن الضمان **قوله** قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان عاد الى الاعتراف لم يبراء عن الضمان قيد بالجحود
عند الطلب لانه اذا جحد عند صاحبها لا بناء على الطلب لا يضمن حكي في خلاصة الفتاوي
عن نسخة الامام السرخسي اذا جحد الوديعة في وجه المالك لا بناء على الطلب من المالك
بان قال المالك ما حال وديعتي ليشكره على الحفظ فقال ليس لك عندي وديعة لا يضمن في قول
ابي يوسف وقيد بالجحود عند صاحبها لانه اذا جحدها عند الاجنبي لا يضمن قال الولوالجي
في فتاواه رجل سال مودع انسان هل عندك مال فلان فقال لا لا يضمن لان الجحود حال
غيبة المالك ليس بمبطل للعقد وقال في شرح الطحاوي جحد الوديعة في حال غيبة المودع
روي عن ابي يوسف انه لا يضمن وعند زفر يضمن وذكر في المختلف في باب زفر اذا قال
اجنبي للمودع اعندك وديعة فلان فقال لا يضمن وعندنا لا يضمن لانه جحد الوديعة فيضمن
كما لو كان المالك حاضرا وكالاستهلاك عند غيبته ولنا ان جحود الوديعة عند الاجنبي من تمام

الحفظ لانه ربما يخاف على الوديعة من جهته فلا يكون سببا للضمان بخلاف ما بحضرة المالك
ثم بالاعتراف بعد الجحود عند المالك لا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم اليه لان المودع لما طالبه
بالرد فقد عزله عن الحفظ لان المودع كان وكيلا بحفظ الوديعة والعزل فسخ من جهة المالك
فاذا جحد الوديعة بحضرة صاحبه حصل الفسخ من جهته ايضا لانه انكار من الاصل فتم الفسخ
فبقي الشيء في يده لا على وجه الامانة فصار كقبض الغصب ثم بعد ارتفاع العقد لا يبرأ عن
الضمان بالاعتراف لان العقد لا يعود الا بالاستيناف ولم يوجد والجحود قد يكون فسخا كما في جحود
الوكيل الوكالة بحضرة صاحبه وكما في متعاقدي البيع اذا تجاحدا كان ذلك فسخا للبيع بخلاف
المودع فعلا اذا وافق حيث يبرأ عن الضمان لقيام الامر وقد مر بيان الفرق وقال في كتاب الغصب
من الاجناس وانما المودع اذا جحد الوديعة كان شيخنا ابو عبد الله الجرجاني يقول انه على وجهين
ان نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن وان لم ينقلها عن موضعها
حتى هلكت لا يضمن ونقل في خلاصة الفتاوى عن المنتقى اذا كانت الوديعة او العارية مما
يحول يضمن بالجحود وان لم يحولها وقال في اول كتاب الوديعة من الاجناس الامانة تنقلب مضمونة
بالموت اذا لم يبين الا في ثلث مسائل احداها متولي الاوقاف اذا مات ولا يعرف حال غلتها
التي اخذها ولم يبين لا ضمان عليه ذكره في كتاب الوقف لهلال البصري والثانية السلطان
اذا خرج الى الغزو وغنموا فاودع بعض الوديعة بعض الغانمين ومات ولم يبين عند
من اودع لا ضمان عليه ذكره في السير الكبير والثالثة احد المتفاوضين في يده مال الشركة
ومات ولم يبين لا ضمان عليه ذكره في كتاب الاصل وذكر في الواقعات في باب الوديعة
بعلامة النون المودع اذا قال دفنت الوديعة في مكان كذا ونسيت موضعها فهذا على وجهين
اما ان قال دفنتها في داري او في كرمي او في موضع آخر ففي الوجه الاول والثاني لا يضمن
اذا كان للدار والكرم باب لانه ليس بتضييع وفي الوجه الثالث يضمن لانه تضييع وذكر في هذا
الباب ايضا اذا قال المودع سقطت مني الوديعة فضاعت لا يضمن ولو قال اسقطت يضمن
لانه هذا تضييع وذكر في الاجناس عن نوادر ابن رستم اذا ادعى المستودع ضياع الوديعة
منذ عشرة ايام فقال صاحب الوديعة انا اقيم البينة انها كانت في يده منذ يومين فقال
المستودع وجدتها بعد ذلك فضاعت صدق فان قال من خصمه ليس له عندي وديعة ثم قال
وجدتها فضاعت ضمن وكتبنا هذه المسائل تكثيرا للفوائد **قوله** كجحود الوكيل الوكالة

الامانة تنقلب مضمونة بالموت الا في ثلث مسائل

يني

يعني بمحضر من الموكل وذلك لانه ترك الالتزام فكان فسخا ونقل في الاجناس عن نوادر ابن سماعة
عن محمد اذا وكل ثم قال لم اوكله لم يكن رجوعا وعزلا عن الوكالة وفي غصب الاجناس نقل عن
وصايا الاصل اذا اوصى ثم انكر الوصية فقال لم اوص فهو رجوع وقال في الجامع لا يكون رجوعا
وفي نوادر ابن شجاع عن محمد اذا اوصى الرجل ثم قال لم اوص له لم يكن رجوعا ولو قال اشهدوا اني
لا اوصي له فهو رجوع وكذلك لو وكل وكيلا ببيع عبد له ثم قال اشهدوا اني لم اوكله فهو كذب وهو وكيل
ولو قال اشهدوا اني لا اوكله ببيع العبد فهو عزل ولو شهدوا عليه بالكفر فجحد وقال ما تلفظت به يكون
ذلك توبة ورجوعا عنه **قوله** فتم الرفع اي رفع عقد الوديعة وهو فسخه **قوله** بخلاف
الخلاف اي نقلا **قوله** ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر هكذا
ذكر الخلاف في شرح الطحاوي بين ابي يوسف وزفر وذكر في المختلف وقال عندنا لا يضمن ونقل في الاجناس
عن اختلاف زفر عند اصحابنا لا ضمان عليه وقال زفر يضمن **قوله** او طلبه اي بعين طلبه
قوله بخلاف ما اذا كان بحضرته اي كان الجحود بحضرة صاحب الوديعة **قوله** قال وللمودع
ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري
فيه الخلاف وقال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة الا في موضع واحد وهو ان يكون
طعاما كثيرا فانه يضمن استحسانا اذا سافر به لا قياسا وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز ان يسافر
بما له حمل ومؤنة وقال الامام الاسبيجابي ولو ان المودع سافر بمال الوديعة ان كان الطريق
مخوفا ضمن وان كان غير مخوف لم يضمن الا اذا نهاه صاحب المال عن السفر به فحينئذ يضمن
وروى عن ابي يوسف ومحمد انهما قالا اذا كانت الوديعة لها حمل ومؤنة فعند ابي حنيفة لا يضمن
سواء كان السفر قريبا او بعيدا وقال محمد يضمن سواء كان قريبا او بعيدا وقال ابو يوسف ان
كان بعيدا يضمن والا فلا ثم قال واجمعوا على ان الطريق اذا كان مخوفا يضمن كيف ما كان
ثم قال واجمعوا على انه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن وقال فخر الدين قاضي خان في شرح
الجامع الصغير واجمعوا على ان الاب والوصي اذا سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع
اذا سافر بما وكل ببيعه قالوا ان قيده بمكان بان قال بعه بالكوفة فسافر به يضمن وان
اطلق اطلاقا فسافر به لا يضمن اذا سرق او ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة
ونقله عن كتاب الصرف لشمس الائمة السرخسي ثم قال فخر الدين قاضي خان هذا اذا كان الطريق
امنا فان كان مخوفا للمودع بد من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان كان مخوفا

لو شهدوا عليه بالكفر فجحد وقال ما تلفظت يكون ذلك توبة ورجوعا عنه

س

يضمن

ولا بد من السفر اذا سافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه ان يتركها في اهله
وكذلك الاب والوصي وجه قولهما ان المالك يلحقه مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى بها فيتقيد
بمكان الوديعة وهذا لان المودع لجواز ان يموت في بعض الطريق فيلزم المالك الرد والظاهر انه
لا يرضى بما يلحقه من مؤنة الرد ثم ابو يوسف جعل الخروج القصير عفوا لانه قليل قياسا
على الغبن اليسير في التجارات واهله عفو بالاجماع وقال محمد لا ضرورة في الخروج بما له حمل ومؤنة
فلا يجعل عفوا كيف ما كان لعدم الضرورة ولابي حنيفة ان الامر بحفظ الوديعة مطلق لان
صاحبها لم يخص مكانا دون مكان فكان للمودع ان يحفظها حيث شاء عملا بالاطلاق كما يحفظ
ماله لان الانسان يحفظ ماله حيث هو فكذا يلزمه حفظ الوديعة حيث هو وحفظ المال
في السفر معهود مطلق في الشريعة ولهذا اذا فعل الاب او الوصي ذلك لا يضمن اذا كان الطريق
امنا ولان المودع ربما يحتاج الى السفر لمصالحه فبعد ذلك اما ان يترك السفر لحفظ الوديعة
فلا يلزمه ذلك لانه لم يلتزمه او يودع الوديعة عند غيره فليس له ذلك لانه يضمنها او يتركها ج
مكانا لحفظها فلا يلزمه ذلك ايضا لانه ضمان لا يلزمه فلم يبق وجه الا ان يسافر بالوديعة
فان قلت الغالب في المفازة الهلاك يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام المسافر وماله
على قلت الا ما وقى الله قلت لا نسلم اذا كان الطريق امنا وكلامنا فيما اذا كان امنا والحديث
ورد في ابتداء الاسلام حين كانت الطرق مخوفة بسبب غلبة الكفار ولا كلام لنا فيه
فان قلت ان الحفظ المامور به هو الحفظ من كل وجه وهو الحفظ من كل وجه لا ياتي به
من كل وجه لانه ما فات شيء من اسباب الحفظ لانها حماية السلطان والامن وكل ذلك
حاصل فلا ضمان اذن بخلاف البحر فان الهلاك فيه غالب بالرياح والامواج وغير ذلك
ولئن لم يكن الهلاك غالبا فالنجاة فيه ليست بغالبة بل كل واحد منهما محتمل على السواء
فلا نحكم بالنجاة بالاحتمال فيضمن فان قلت الحفظ في السفر لم يدخل تحت الاطلاق لانه ليس
بمتعارف لان العرف هو الحفظ في الامصار قلت لا نم ان الحفظ في المصر هو المتعارف الا ترى
ان اهل البوادي يحفظون اموالهم ثمة ولا ينقلونها الى المصر كما يحفظ اهل المصر فيه او
نقول العرف مشترك فلا يصلح مقيدا للاطلاق بالاحتمال او نقول الحفظ في المصر انما يراد
به لكونه حفظا لا لكونه في المصر فكل موضع تحقق فيه الحفظ دخل تحت الاطلاق فان قلت
يرد عليكم هنا مسئلتان احداهما اذا وكل رجلا بالبيع فسافر بالمال يضمن والامر بالبيع تقيد

بمكان

٢٣

بمكان البيع عادة وهو المصر وكذلك اذا استاجر رجلا ليحفظ ماله بدرهم شهرا فسافر بذلك المال
فانه يضمن والامر بالحفظ ثبت مطلقا ومع هذا تقيد بمكان الحفظ عادة وهو المصر قلت
قالوا في مسئلة التوكيل قياس واستحسان فعلى وجه القياس يمنع عملا بالاطلاق وعلى وجه
الاستحسان نقول انه مامور بالبيع وليس بمامور بالحفظ مقصودا وانما ثبت كونه مامورا بالحفظ
ضرورة ولهذا ملك البيع مطلقا حتى لو باع بمصر آخر جاز ولكن لما ثبت الحفظ بطريق الضرورة و
الثابت بالضرورة يتقيد بمكان الحفظ عادة وهو المصر فلا ضرورة الى غيره ولان الثابت بالضرورة
لا يصح فيه التعميم فلا يراد غير المصر لارادة المصر بالاجماع لئلا يلزم التعميم واما مسئلة الاجارة
فانها تمليك المنفعة بعوض فكانت المنفعة تسليمها مستحقا بالعقد فتعين مكان العقد للتسليم
لان مكان العقد متعين في المعاوضات فاذا سافر ضمن للخلاف واما فيما نحن فيه فلم يتعين مكان
العقد لحفظ الوديعة لان المودع لم يلتزم ذلك فيه فلم يضمن بالسفر وقال الشافعي رحمه نقل
الوديعة من قرية الى قرية ان كان بينهما مسافة تسمى سفرا ضمن واذا لم يكن فان نقل من قرية
آهلة اي معمورة الى قرية غير آهلة ضمن لان القرية الآهلة احرز في حقه وان كان بالعكس
لم يضمن الا اذا ظهر نقصان الحرز في القرية الآهلة اي من اللفظ وحينئذ قوله وان كان له
حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه ماله حمل ومؤنة يعني ماله ثقل يحتاج
في حمله الى ظهر واجرة حمال كذا في المغرب قوله مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره
فلا يبالي به جواب عن قولهما انه يلزم مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة يعني سلمنا ان المؤنة تلحق
المالك اذا مات المودع في السفر لكن انما لحقته مؤنة الرد لا مؤنة السفر لان الوديعة ملكه وقد
بعدت عنه لضرورة كون الوديعة محفوظا في ذلك المكان بامتثال المودع امر المالك مطلقا لا لمعنى
من قبل المودع فلا يبالي بلحاق المؤنة ضرورة وضمنا قوله فيتعين التسليم في مكان العقد لانا ل
موضع العقد في السلم لا يتعين للايفاء عند ابي حنيفة حتى جعل بيان موضع الايفاء من شرائط
السلم الا انا نقول التسليم ثمة ليس بواجب ثمة في الحال فلهذا وجب تعيين المكان حتى لا يفضي الى
الجهالة المفضية الى المنازعة بخلاف الاجارة فان التسليم واجب للحال فتعين مكان العقد
للتسليم قوله واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن قال محمد في اصل الجامع
الصغير فان نهاه المودع ان يخرج به فخرج به فهلك فهو ضامن وذلك لانه انما لم يضمن بالسفر
قبل النهي لانه لم يخص مكانا دون مكان فكان له ان يسافر عملا بتعميم الامر فاذا نهاه عن السفر

والخروج عن مكان الوديعة نقد خص مكان الوديعة لحفظها فيه فاذا خرج فقد خالف لانه ترك
امتثال الامر فيضمن اذا هلكت والتقييد بالمصر مفيد فيعتبر لان المصر احرز فيتقيد الحفظ بالحرز
قوله قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه
نصيبه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه اي قال القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر اي في مختصر القدوري
وانما قال وهو المراد لان كلام القدوري باطلاقه يتناول ما يقسم وما لا يقسم فكان محتملا للوجهين
فقال المراد منه ما يقسم استدلالا بوضع الجامع الصغير لان محمدا قال فيه ثلثة نفر اودعوا رجلا
الف درهم فغاب اثنان وجاء واحد يريد ان ياخذ نصيبه قال ليس له ان ياخذه وقال ابو يوسف
ومحمد له ان ياخذه الى هنا لفظ الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير وكذلك هذا
الخلاف في كل الاموال التي تحتمل القسمة وكذلك وضع المسئلة في مختصر الطحاوي حيث قال ومن
استودعه ثلثة نفر من الدراهم او ما سواها مما يقسم ثم جاء احدهم يطلب نصيبه منها
ولم يحضر صاحباه لم يكن عليه ان يعطيه منها شيئا وهذا قول ابي حنيفة وبه ناخذ وقال
ابو يوسف ومحمد عليه ان يعطيه ثلثها الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره قال الاسبيجابي في شرح
مختصر الطحاوي وقال صاحباه يدفع نصيبه اليه ولا يكون هذا قسمة على الغايب حتى ان
الباقي لو هلك في يد المودع كان للغايب ان يشارك القابض فيما قبض ولو هلك المقبوض في يد
القابض فليس له ان يشارك الغايب فيما بقي وقال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا الخلاف الذي
ذكره انما هو في المكيلات والموزونات قال ابو يوسف استحسانا قال محمد قول ابي حنيفة اقيس
وقول ابي يوسف اوسع الى هنا لفظ ابي نصر في شرح القدوري وكذلك قيد الخلاف في اشارات
الاسرار بما يكال او يوزن ولكن ذكر محمد الخلاف في الاصل فيما يقسم وفيما لا يقسم قال في الاصل
قلت ارايت رجلين استودعا دراهم او دنانير او ثيابا او دوابا او عبيدا فجاء احدهما والآخر
غايب فقال للمستودع ادفع الي حصتي قال ابى ذلك فقدمه الى القاضي فقص القصة اينبغي
للقاضي ان يامر المستودع ان يدفع الى صاحبه حصته بغير محضر من الآخر قال لا حتى يجتمع
هو وصاحبه جميعا قلت لم قال لاني ارى ان المستودع ليس بوكيل فكيف يستطيع ان يقسم المال
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقسم ذلك فيدفع اليه نصيبه ولا يكون قسمة جايزة
على الغايب وعلى هذا الوجه اثبت الشيخ ابو الحسن الكرخي الخلاف في مختصره ولم يفصل بما يقسم

وكذلك ذكره شمس الايمة البيهقي في تتمة المبسوط من شامله وفي كفايته واورد شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي حكاية الحمامي وهي ان رجلين دخلا حماما ودفعا الى الحمامي
كيسا من الدراهم فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ الكيس من الحمامي وذهب به فخرج الآخر
وطلب منه الكيس فقال اخذه صاحبك فتعلق به وطالبه وقال انا دفعناه اليك وقد ضيعت
حقي بالدفع اليه وحده فجاء الحمامي الى ابي حنيفة مستغيثا به وقص عليه القصة فقال ابو حنيفة
قل له اني لا ادفعه اليك وحدك لانكما دفعتماه الي ولكن ايت بصاحبك حتى ادفعه اليكما
فتخلص عن دعواه بهذه الحيلة وجه قولهما ان الحاضر طلب نصيبه فيؤمر بتسليم
نصيبه اليه فكذا هذا ولان يد المودع كيد المودع فلو كان المال في ايدي الشريكين كان
لواحد منهما ان ياخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذلك هنا له ان ياخذ نصيبه من المودع ووجه
قول ابي حنيفة ان حق الحاضر في النصف الشايع والمودع لا يملك تسليم النصف مميزا مقسوما لما فيه من
دفع نصيب الغايب ايضا ولا يملك المودع افراز نصيب الحاضر لانه ليس بوكيل عن الغايب فلو صح
الافراز لزم القسمة على الغايب والمودع لا يملك القسمة على الغايب بالاتفاق وبه صرح في الاصل
ومختصر الكافي ومختصر الكرخي وشرح الطحاوي وهذا بخلاف الدين لان المديون يسلم مال
نفسه لا مال غيره لان الديون تقضى بامثالها والمودع يسلم مال الغير ونظيره رجل له وديعة
عند انسان او دين فجاء رجل وقال انه وكلني بقبض الوديعة منك فصدقه وابى ان يسلمها
اليه لم يجبره القاضي بالتسليم في الوديعة ويجبره في الدين لما قلنا من الفرق والجواب عن
قولهما ان المال لو كان في ايديهما كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك ان ياخذ
نصيبه من المودع الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد
ولا يجوز ان ياخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند
انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قوله
وعليه الف اي على المودع قوله فلغريمه اي لغريم المودع قال فخر الدين قاضي خان في شرح
الجامع الصغير وان كانت الوديعة عروضا فالصحيح انه لا يكون للحاضر ان ياخذ نصيبه في قولهم
جميعا قوله قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر
ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن
الآخر اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف في مختصره فلاجل هذا قال صاحب الهداية

وكذلك

وهذا عند ابي حنيفة قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اودع رجل رجلين مالا قال
باخذ كل واحد منهما نصفه يعني يقتسمانه قال فان دفع احدهما المال كله الى صاحبه فتوى
المال قال يضمن في قول ابي حنيفة الذي دفع النصف ولا يضمن في قول ابي يوسف ومحمد شيا قال
محمد ان ابا حنيفة قال ذلك فيما يستطاع قسمته فاما لا يستطاع قسمته نحو المملوك والثوب
فاذا دفع احد المستودعين ذلك الى صاحبه لم يضمن وكذلك قول ابي حنيفة اذا رهن رجل
رجلين شيا فدفع احد المرتهنين الى صاحبه او وكل رجل رجلين بشري شي فدفع اليهما
مالا فدفعه احدهما الى صاحبه فضاع ضمن النصف وما كان لا يقدر على قسمته لم يضمن
شيا مما دفع فاما في قول ابي يوسف ومحمد في ذلك كله فهو سواء لا يضمن شيا مما دفع مما يستطاع ع
قسمته او لا يستطاع قسمته الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وجه قولهما ان المالك رضي
بامانتهما حيث اودعهما مالا فكان دفع كل واحد منهما الى صاحبه دفعا الى امين المالك فكان
له ان يسلمه اليه فلا يضمن الدافع اصله ما لا يقسم ولابي حنيفة ان المالك يحفظهما جميعا لا بحفظ
كل واحد على الانفراد بدلالة انه اودعهما جميعا الوديعة فلو رضي بحفظ كل واحد منهما لامرهما
بالقسمة في الحفظ او قسم ثم اودع النصف عند هذا والنصف عند الاخر لان الوديعة مما تحتمل
القسمة وحيث لم يفعل كذلك علم انه ما رضي الا بامانتهما جميعا وحفظهما معا فاذا امكن كل
واحد منهما الحفظ على الوجه المامور به وهو حفظهما معا ولم يحفظ على ذلك الوجه صار ضامنا
كالمودع الواحد اذا دفع الوديعة الى غيره ولا يضمن القابض شيا لان مودع المودع لا يضمن
عند ابي حنيفة بخلاف ما لا يقسم حيث لا يضمن الدافع لوجود الاذن بالدفع دلالة لان الوديعة
لما كانت مما لا يستطاع قسمته ويتعذر اجتماعهما على حفظها دايما كان ذلك دليلا على ان
صاحبها رضي بحفظ كل واحد منهما على الانفراد على سبيل المهاياة فلم يضمن احدهما بالدفع الى
صاحبه وقال في قسم المبسوط من الشامل لو اودع رجلين عبدا فهايا على ان يكون احدهما
شهرا وعند الاخر شهرا لم يضمنا لانه لا يمكن الحفظ معا فجاز على هذا الوجه واذا قال صاحب
الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لم يضمن هذا لفظ القدوري في مختصره
قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال لا تدفعها الى امراتك او عبدك
او ولدك او اجيرك فانا اتهمهم عليها فدفعها الى الذي نهاه عنه فهلكت فان كانت المستودع
لم يجد بدا من دفعها اليه لم يضمنها وان كان يجد من اهله وخدمه من يدفعها اليه ويضعها عنده

غير هذا فاعطاه وهو يجد غيره ضمنه صاحب الوديعة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه خالف
في الوجه الاول بعذر وفي الوجه الثاني خالف بغير عذر قالوا في شروح الجامع الصغير فان
نهاه عن الدفع الى عياله فدفع بعد النهي اذا دفعه الى من لا بد له لا يضمن وان كان له منه بد ضمن
لان الناس يختلفون في الامانة فاذا كان له منه بد امكن العمل فيكون الشرط مفيدا واذا لم يكن له
منه بد بان كانت الوديعة دابة فقال لا تدفعها الى غلامك او كانت شيا يحتاج في حفظها الى امراة
فقال لا تدفعها الى امراتك فدفع لم يضمن لان هذا مما لا يستطاع الامتناع عنه فلا يفيد هذا الشرط
والمراد من الاجير مرتبة اول كتاب الوديعة قال الظهير الدبني اسحق الولوالجي في فتاواه رجل غاب
عن منزله وخلف امراته وكان في يده وديعة فلما رجع طلب فلم يجد ان كانت امراته امينة
لم يضمن لانه غير مضيع فان له ان يحفظ الوديعة بيد من في عياله وان كانت امراته غير متهمة
يضمن لانه مضيع **قوله** وهو محمل الاول اي المذكور في الجامع الصغير وهو الدفع الى من لا بد
له منه هو المراد من الاول وهو الذي ذكره القدوري من عدم الضمان اذا دفع
الوديعة الى الزوجة بعد النهي عن الدفع اليها يعني اذا وجد بدا من الدفع الى الزوجة فدفع
ضمن فان لم يجد بدا من الدفع لم يضمن **قوله** فان من العيال قال في ديوان الادب
عيال الرجل من يعوله والمراد منه الذي يساكن معه سواء كان في نفقته او لا وقد مر في اول
كتاب الوديعة **قوله** فاعتبر الشرط **قوله** وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت
اخر من الدار لم يضمن وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان حفظها في دار اخرى
ضمن قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل اودع رجلا وديعة وامره ان
يحفظها في دار ونهاه عن الوضع في دار اخرى فوضعه في التي نهاه عنها فهلكت قال هو ضامن
وان كان بيتان في دار والمسئلة بحالها لم يضمن وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي
واذا قال صاحب الوديعة للمستودع اخباها في بيتك هذا فخباها في بيت اخر من داره تلك فضاعت
فلا ضمان عليه استحسانا الا ترى انه لو قال لا اخباها في دارك هذه لا تخباها في دارك الاخرى
فوضعها في التي نهى عنها ضمن الا ترى انه لو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان
ضامنا لها وان لا تنقل من الكوفة الى البصرة او الى غيرها لشي لم يكن له منه بد فهلكت
فلا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وعند الشافعي يضمن كذا في شرح الاقطع وذلك لانه نقلها الى
بيت اخر من غير ضرورة فصار كما اذا نقلها الى دار اخرى ولنا ان الدار حرز واحد بدلالة

ان السارق اذا اخذ من بيت الدار الى بيت اخر فيها لم يقطع لانه لم يهتك الحرز بعد والحرز الواحد في تخصيص بعضه دون بعض ومالا فائدة في تخصيصه بالامر يسقط في الايداع كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك او قال ضعها في يمنا البيت دون يساره حتى لو كان بين البيتين تفاوت في الحرز بان كانت الدار عظيمة وظهر البيت الذي نهاه عنه الى السكة او نحو ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يضمن بخلاف الدارين فان التفاوت في الحرز ظاهر فيهما ولهذا لو اخذ السارق من احدى الدارين فنقل الى الاخرى قطع حتى لو كانت الدار التي نهى عن الوضع فيها احرز او كانتا سواء في الحرز فلا يضمن وبه صرح في شرح الطحاوي لان النهي ليس بمفيد والاصل ان كل شرط يفيد اعتباره ويمكن المودع مراعاته فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد اعتباره فهو لغو وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو قال احفظها في كيسك ولا تحفظها في صندوقك او قال احفظها في صندوقك ولا تحفظها في البيت فحفظ في البيت لا يضمن والصندوق من البيت بمنزلة البيت من الدار لقلة التفاوت بينهما **قوله** عورة ظاهرة قال في ديوان الادب العورة سوءة الانسان وكل موضع يتخوف منه فهو عورة القوم وكذلك كل امر يستحيا منه وعورات الجبال شقوقها وقال في الكشاف العورة الخلل ومنها اعور الفارس واعور المكان والاعور المختل العين واعور الفارس اي بدا منه موضع خلل قال تعالى يقولون ان بيوتنا عورة وما هي بعورة ان يريدون الا فرارا منه قول النابغة الذبياني في مدح غسان

متى تلقهم لا تلق للبيت عورة ولا الجار محروما ولا الامر ضائعا

قوله قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها اخر فله ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الاخر وهذا عند ابي حنيفة اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة (نعم) في رجل اودع رجلا الف درهم فاودعها المستودع الاول رجلا آخر فهلكت في يديه قال لصاحب ان يضمن المستودع الاول ولا يضمن الاخر وقال ابو يوسف ومحمد يضمن صاحب المال ايهما شاء فان ضمن الاول لم يرجع على الاخر بشيء وان ضمن الاخر رجع على الاول الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقول الشافعي مثل قولهما كذا في شرح الاقطع وفي قول ابن ابي ليلى لا ضمان على واحد منهما كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وحجة قول ابن ابي ليلى ان كل من ملك شيئا ملك تمليكه غيره بمثل ما ملكه كالعبد الماذون باذن المكاتب بكاتب والمستاجر يواجر والمستعير يعير فاذا كان كذلك لم يجب الضمان على واحد منهما لانه لم يوجد التعدي من الاول

في الايداع ولا من الثاني في القبض ولنا ان صاحب المال رضي بحفظ المودع لا بحفظ غيره فكان ايداع المال الى غير من في عياله تعديا فيجب الضمان وقياسه ضعيف لان المودع ليس بمالك اصلا لانه ليس بمالك لعين الوديعة ولا لمنفعتها وانما هو محل ملك منافع نفسه فلا يملك تسليم الوديعة الى غيره وغير من في معناه ممن كان في عياله بخلاف الماذون فانه يتصرف بحكم الملك فملك التمليك وكذا المكاتب والمستعير مالك لمنفعة العين وكذا المستاجر فظهر الفرق ووجه قولهما ان الثاني قبض المال من يد ضمين بدليل ان الاول ضمن بالاتفاق فيضمنان جميعا بالخيار لصاحبه فيضمن الاول بالدفع والثاني بالقبض لان كل واحد منهما تصرف في المال بغير اذن المالك فصار كمودع الغاصب الا ان الاول لا يرجع بما ضمنه على الثاني لانه ملك العين بالضمان مستندا فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه عامل له ووجه قول ابي حنيفة ان الاول لا يضمن بمجرد الدفع الى غيره لانه امين في الدفع لان المالك رضي بحفظه باعتبار رايه وتمييزه لا بصورة يده فاذا دفع الوديعة الى غيره ولم يفارقه فهلكت في يد الثاني لا ضمان باتفاق بين اصحابنا فاذا كان الاول باقيا على الامانة حالة الدفع صار الثاني آخذا من يد امين فاذا فارق الاول الثاني وذهب عنه ضيع الوديعة لانه ترك الحفظ الملتزم فيضمن ولا يضمن الثاني لانه لا يجوز ايجاب الضمان عليه بجناية غيره لان الثاني لم يترك الحفظ الملتزم وابتداء القبض لم يكن موجبا للضمان فبقاؤه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وهذا كالوكيل بالبيع لا يملك التوكيل بالبيع الا ان يبيع وكيله بحضرته لان المراد من التعيين والتخصيص رايه لا عبارته فكذلك هاهنا فان قلت ان الاول اذا كان ضامنا كان الثاني آخذا من يد ضمين فينبغي ان يكون الثاني ضامنا ضرورة قلت هذه مغالطة لان الاول لم يكن ضامنا بمجرد الدفع قبل المفارقة بل هو امين حينئذ لما قلنا وانما صار ضامنا بالمفارقة بصنع منه والثاني لم يوجد منه صنع فلا يضمن كالريح اذا هبت في ثوب انسان والقته في حجر غيره فهلك لا يضمن لانه لم يوجد منه صنع والدليل على ما قلنا ان المالك لو قال اذنت لك ان تدفع الوديعة الى فلان بشرط ان لا تفارقه ففارقه فهلكت ضمن الاول دون الثاني فصار ذلك وزان مسئلتنا سواء **قوله** قال ومن كان في يده الف ادعاها رجلان كل واحد انها له واودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما اي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الف درهم في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اودعها اياه فابى ان يحلف لهما

قال يكون هذه الالف بينهما ويغرم الفا اخرى فيكون بينهما نصفين الى هنا لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في اصل الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى لا يجب عليه الا
دفع الالف بعينها لانه لم ياخذ الا الفا واحدة فلا يجب عليه الف اخرى اما مذهب علمائنا فلانه
لما نكل لاحدهما فقد اقر انه قبض منه الفا فلما نكل للآخر فقد اقر انه اخذ منه الفا فلما اقر لكل واحد
منهما بالالف ولم يصل الى كل واحد منهما الا حصة منه فعليه ان يغرم لكل واحد منهما تمام الالف بيان
المسئلة ان كل واحد منهما من المدعيين ادعى دعوى صحيحة لاحتمال الصدق في دعوى كل واحد
منهما فتوجهت اليمين لكل واحد منهما على المنكر لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر ولكن يحلف لكل واحد منهما على الانفراد لان كل واحد منهما ادعى عليه معنى
لو اقر به يلزمه فاذا انكر يحلف والقاضي اذا بدا بالتحليف لايهما كان جاز لعدم الاولوية
وتعذر الجمع ولو تشاحا في البداءة بالحلف يقرع القاضي اجتنابا عن تهمة الميل فان استحلف
لاحدهما وحلف استحلف للآخر ايضا فان حلف انقطعت خصومتهما لان اليمين شرعت لقطع
الخصومة وان نكل للثاني فالالف له لان النكول بمنزلة البذل او الاقرار وانقطعت خصومة
الاول باليمين وان نكل للاول استحلف للثاني ايضا لانه لو نكل للثاني يصح نكوله فان حلف
للثاني انقطعت خصومته والالف للاول لان النكول بمنزلة البذل والاقرار وان نكل للثاني
ايضا كان الالف بينهما لانه اوجب الالف لكل واحد منهما بالبذل على مذهب ابي حنيفة وبالاقرار
على مذهب صاحبيه فاذا لم يسلم البعض كان ضامنا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع
الصغير ينبغي للقاضي ان لا يقضي بالنكول للاول حتى يحلفه للثاني ليظهر له وجه الحكم معناه
ان الثاني اذا نكل له ايضا يكون الالف بينهما ويقضي لهما جملة واذا حلف للثاني كان كل الالف للاول
ثم قال فخر الاسلام فان حكم للاول ثم حلفه للثاني فنكل يجب ان يكون الجواب كذلك وهو ان الالف
الثابتة بينهما ويغرم الفا اخرى بينهما لان تقديم اليمين لاحدهما اما ان يقع باختيار القاضي
وذلك لا يصح لابطال حق المستحق واما ان يقع بالقرعة وهو ليست بحجة لابطال او ايجاب
فيجب ان يكون بينهما والف اخرى يضمنها بينهما لان نكوله اوجب لكل واحد منهما كل الالف كان
لبيعه غيره فاذا صرف اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى هذا ونصف نصيب هذا الى هذا
ثم هذا الذي ذكرنا من كون الالف بينهما اذا نكل للثاني بعد القضاء للاول هو اختيار مشايخنا
فقال صاحب الهداية ذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول يعني يكون كل الالف له ولا يكون

بينهما ولكن الخصاف وضع المسئلة في العبد في ادب القاضي وقال الخصاف لا يحلف للثاني بان
العبد ما هو له لانه بعد ما صار للاول لا فائدة في النكول ولكن هل يحلفه له بان قال ما لهذا عليك
اداء هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا دينارا او درهما ولا اقل من ذلك قال الخصاف ينبغي ان
يحلفه على هذا الوجه عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ما اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى
غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف وجه البناء ان النكول اقرار والاقرار بالوديعة يضمن
عند محمد فكذا بالنكول وعند ابي يوسف لم يضمن ثمه بالاقرار فكذا هنا بالنكول قوله يتقدم
اما بنفسه او بالقرعة اي تقدم القاضي الاول للتحليف اما باختياره او بالاقراع بينهما قوله
وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاضطراب اي هذه المسئلة التي ذكرناها من تحليف
القاضي المودع للثاني بعد قضائه للاول ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته من تفريعات تلك
التي اختلف ابو يوسف ومحمد فيها في الضمان وعدمه وفي تلك المسئلة وقع بعض المبالغة في اثبات
بيان التفريعات في الاصل في باب اقرار الرجل بالمال دفعه اليه آخر ولكن لم يذكر محمد في الاصل
خلافا لابي يوسف بل ذكر الضمان مطلقا قال خواهرزاده في مبسوطه وانما ذكر الخلاف
في الجامع الكبير وحاصل الاضطراب ما ذكره شمس الائمة البيهقي في الكفاية بقوله قال دفع الي
فلان هذه الالف وهي لفلان وكل واحد يدعيها تكون للدافع لانه لما بدا بالاقرار له فقد اقر
بوجوب الرد عليه فلما اقر للثاني وقد تعلق حق الاول به فلا يقبل لا جرم لو قال هي لفلان
دفعها الي فلان فهي للاول لتعلق حق الاول به ابتداء ثم ان دفع الى الاول بقضاء لا ضمان عليه
للثاني عند ابي يوسف لانه اقر بالوديعة لم يوجد منه تعد والحاكم ازال يده بغير فعله بتصحيح
اقراره في ملكه لغيره وانه لا يوجب الضمان وعنده يضمن لان الحاكم ازال يده باعترافه فكانه دل
على الوديعة من ان نكولها كالمسلم الى الاول بغير قضاء يضمن اتفاقا قال هذه الالف لفلان
اقرضنيها فلان وادعياه يكون للمقر له اولا وللمقرض عليه الف درهم لانه اقر له بسبب تعلق
به الضمان وذكر مسائل من جنس الاول احدها قال هذه الالف لفلان لا بل لفلان فدفع الالف الى
الاول بقضاء لم يضمن للثاني شيئا وبغير قضاء يضمن له الفا مثلها الثانية قال اودعنيه فلان
لا بل فلان فهو مثل الاول عند ابي يوسف وعند محمد يضمن للثاني الفا مثلها سواء كان سلم الى الاول
بقضاء او بغير قضاء الثالثة غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان وادعاه كل واحد
يلزمه تسليم العبد الى الاول ويضمن للثاني قيمته سواء سلم الى الاول بقضاء او بغير قضاء لان

في الغصب يجب ضمانه على الغاصب وان زالت يده بغير فعله اقر الخياط ان هذا الثوب الذي
في يده لفلان سلمه اليه فلان وكل واحد يدعيه فالثوب للذي اقر له اول مرة وكذلك القصار
وكل عامل ولا يضمن للثاني شيئا في قياس قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف يضمن قيمته للثاني
اذا سلمه الى الاول بقضاء لان عند ابي حنيفة اجير المشترك امين لا يتعلق بقبضه ضمان فكان
كالمودع وعندهما يتعلق به الضمان فصار كالغاصب فاذا استحق الاول الثوب بالاقرار
صار كانه استهلكه فيضمن قيمته للثاني وقال محمد يضمن قيمته من قبل اقراره ان الثوب
وصل اليه من جهته لا من قبل ضمان الاجير فان اقر ان هذا الثوب سلمه اليه فلان ليقطعه
قميصا وهو لفلان وادعاه كل واحد فالثوب للمسلم اليه لا للثاني لانه يتعلق سلم الى اعتراف
له بالثوب ثم قوله وهو لفلان اقرار في ملك الغير فلا يقبل كذا في الكفاية في باب الاقرار بمال
دفعه اليه فلان وقال في آخر كتاب الوديعة من شرح الطحاوي ومن كان في يده الف درهم فحضر
رجلان كل واحد يدعي انه اودعها اياه وقال المودع اودعنيها احدكما ولا ادري ايكما هو فالمدعيان
اذا اصطلحا فيما بينهما على ان ياخذا تلك الالف منه بينهما كان لهما ذلك وليس للمودع الامتناع
عن تسليم الالف اليهما لانه قد اقر بها لاحدهما وهما قد اصطلحا على اخذه بينهما وبعد هذا
الاصطلاح ليس لهما الى الاستحلاف سبيل ولا يمين لهما على المودع واما اذا لم يصطلحا ولكن
كل واحد منهما يدعي ان الالف له خاصة واراد اخذها من المودع فليس له ذلك لان المقر له مجهول
ولكل واحد منهما ان يستحلف المودع ثم هذا لا يخلو من ثلثة اوجه اما ان يحلف لهما او ينكل لهما
او يحلف لاحدهما وينكل للآخر فان حلف لهما انقطع دعواهما وليس لهما الى الاصطلاح واخذ
الالف بينهما سبيل بعد الاستحلاف في قول ابي يوسف وقال محمد لهما ان يصطلحا بعد الاستحلاف
على اخذ الالف بينهما وهذا اذا حلف لهما واما اذا نكل لهما عن اليمين يقضي بينهما بالالف ويضمن
الفا اخرى بينهما ايضا حتى يحصل لكل واحد منهما الف درهم على الكمال وان نكل لاحدهما وحلف
للآخر قضي بالالف للذي نكل عنه عن اليمين خاصة ولا شيء للذي حلف له منهما

كتاب العارية

قد سبق بيان وجه المناسبة في اول الوديعة
فلا حاجة الى الاعادة قال الجوهري والعارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها
عار وعيب وينشد انما انفسنا عارية والعواري قصار ان ترد والعارة مثل العارية
قال ابن مقبل فاخلف واتلف انما المال عارة وكله مع الدهر الذي هو آكله كذا

في الصحاح وقال المطرزي واخذها من العار العيب او من العري خطاء **قوله** قال العارية
جائزة اي قال القدوري في مختصره والدليل على جوازها ما روى صاحب السنن قبيل كتاب
الاقضية باسناده الى عطاء بن ابي رباح عن صفوان بن يعلى عن ابيه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلي فاعطهم ثلثين درعا وثلثين بعيرا قال قلت يا رسول الله اعارية
مضمونة او عارية مؤداة قال بل مؤداة ولان الانسان قد يحتاج الى الدلو والقدوم والفاس
ونحو ذلك ولا تحضره هذه الالات ويتعذر عليه شراؤها لاستعمالها مرة واحدة فشرع الشارع
العارية ليتوسل بها الى دفع الحاجة **قوله** وهي تمليك المنافع بغير عوض هذا لفظ القدوري
في مختصره وهذا الذي ذكره هو اختيار ابي بكر الرازي قال في شرح الاقطع وكان الشيخ ابو الحسن
الكرخي يقول انها اباحة المنافع وروي كذلك عن اصحابنا فوجه قول الكرخي انها لو كانت
تمليك المنافع لا اباحة لكانت بيان المدة من شرطها لان تمليكها مع الجهالة لا يصح اصله الاجارة
ولانها لو كانت تمليكا لجاز اجارة المستعير من غيره كالمستاجر ولهذا تنعقد بلفظ الاباحة بان
قال ابحت ركوب هذه الدابة لك وابحت لبس هذا الثوب لك وكذلك يصح نهي المعير المستعير
عن الانتفاع ولو كانت تمليكا لم يصح كما في الاجارة الا ترى انه لو آجر دابته شهرا ثم قبل انقضاء
المدة لو نهاه عن الانتفاع بها لم يصح ووجه ما ذهب اليه ابو بكر الرازي ان العارية والعرية
احدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا في تمليك الاعيان عرية وفي تمليك
المنافع عارية فدل ان العارية تمليك لا اباحة ولهذا تنعقد بلفظة التمليك الا ترى انه لو
قال ملكتك سكنى هذه الدار شهرا صح والدليل على هذا ان المستعير يجوز له ان يعير من غيره
فلو كانت اباحة لم يملك ان يملكها من غيره كالمباح له الطعام لا يجوز له ان يبيح من غيره اما عدم
شرط بيان المدة فلان الجهالة ليست بمفضية الى المنازعة لان المعير يتمكن من الاسترداد متى
شاء وانما يشترط بيان المدة في الاجارة دفعا للمنازعة وانعقادها بلفظ الاباحة بسبيل
الاستعارة كانعقاد الاجارة بلفظ الاباحة وانما لم يملك المستعير الاجارة لان الاعارة عقد
جائز لا لازم فلو جاز له ان يوجر انقلبت من الجواز الى اللزوم وفيه ضرر بالمعير وخرج الجواب
عن صحة النهي لانها لما كانت جائزة كان للمعير ان ينهى **قوله** والتمليك نوعان بعوض وبغير
عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع بينهما دفع الحاجة اي بين الاعيان
والمنافع يعني انما جاز التمليك بنوعيه بعوض وبغير عوض في الاعيان دفعا لحاجة الناس

لانهم يحتاجون الى نوعي التمليك وهذا المعنى موجود في المنافع فيجوز تمليكها بالنوعين جميعًا
ثم تمليك العين بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة والصدقة والوصية ونحو ذلك وتمليك
المنفعة بعوض كالاجارة وبغير عوض كالعارية **قوله** ولفظة الاباحة استعيرت
للتمليك الى اخره جواب عما قال الكرخي وقد اندرج الجواب فيما قلنا **قوله** على ما نذكره
اشارة الى ما ذكره من الدليل عند قوله وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره **قوله** قال
وتصح بقوله اعرتك اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه واطعمتك هذه الارض
ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة واخدمتك هذا العبد وداري
لك سكنى وداري لك عمري سكنى الى هنا لفظ المختصر اما قوله اعرتك فانما تصح العارية
به لانه صريح فيها واما قوله اطعمتك هذه الارض فهو مستعمل في العارية مجازا لا حقيقة
لانه يقال اطعمه فطعم ونفس الارض لا تطعم فكان المراد طعم ما يخرج منها بطريق اطلاق اسم
السبب على المسبب وهو من طرق المجاز واما قوله منحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة
فانما يراد به تمليك العين بطريق الهبة فاذا لم يرد به الهبة حمل على العارية مجازا اذ هو اقل
ما يقتضيه اللفظ واما قوله اخدمتك هذا العبد اي جعلته خادما لك فهو اذن في الاستخدام
فهو معنى العارية لانه ملكه منفعة العبد بغير عوض واما قوله داري لك سكنى او داري
لك عمري سكنى فهو عارية لان معناه سكناها لك او سكناها لك مدة عمرك فتمليك السكنى تمليك
المنفعة فكان عارية وقوله سكنى منصوب بطريق التمييز من قوله لك لان قوله داري لك
يحتمل الوجهين تمليك عين الدار وتمليك منفعتها فاذا خرج قوله سكنى تفسيرا قاطعا للاحتمال
فتعينت العارية وفرق شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد
بين قوله هذه الدار لك سكنى او عمري سكنى وبين قوله هي لك تسكنها فقال في قوله هي
لك تسكنها كان تمليكا للدار لانه اضاف التمليك الى رقبة الدار وقوله تسكنها مشورة فلا يتغير به
قضية العقد **قوله** قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء اي قال القدوري في مختصره
وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة اي يجب ردها
ويجب اداؤها قال الترمذي في جامعه في ابواب الوصايا حدثنا علي بن حجر وهناد قالا حدثنا
اسمعيل بن عياش قال حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني عن ابي امامة الباهلي قال سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته عام حجة الوداع ان الله قد اعطى كل ذي حق

حق

حقه فلا وصية لوارث الولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله ومن ادعى الى غير ابيه
او انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة الى يوم القيمة لا تنفق امرأة من بيت زوجها الا
باذن زوجها قيل يا رسول الله ولا الطعام قال ذاك افضل اموالنا ثم قال العارية مؤداة والمنحة
مردودة والدين مقضي والزعيم غارم قال الزمخشري في الفائق منحة الورق القرض ومنحة
اللبن ان يعطيه اخاه ناقة او شاة فيحتلبها مدة ثم يردها ومنه قوله عليه الصلاة والسلام
العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم الى هنا لفظ الفائق ولان
العارية تبرع بتمليك المنافع والمنافع توجد شيئا فشيئا وانما يملكها المستعير بقبضها حال وجودها
فما لم توجد لا يحصل القبض فقبل القبض يصح الرجوع في التبرع بالاعيان فلان يصح قبل القبض
في التبرع بالمنافع اولى **قوله** قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمنها اي قال
القدوري في مختصره ولو شرط الضمان في العارية هل يصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في التحفة
وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لاخر اعرني ثوبك فان ضاع فانا له ضامن قال لا يضمن
ونقله عن المنتقى وقال الشافعي العارية مضمونة والخلاف فيما اذا هلك في غير حالة الانتفاع
فاما اذا هلك في حالة الانتفاع لا يضمن بالاجماع وهو الظاهر من اقواله كذا في الطريقة البرهانية
المطولة وقال في شرح الطحاوي ولو تعدى ضمن بالاجماع نحو ان يحمل عليها ما يعلم انها لا تحمل مثله
وكذلك اذا استعملها ليلا ونهارا فيما لا يستعمل فيه الدواب في العرف والعادة فعطب ضمن
قيمتها لان العارية المطلقة تختص بالعرف والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط واللفظ وجه
قول الشافعي انه قبض مال الغير لمنفعة نفسه لا عن استحقاق فيكون مضمونا عليه كالمقبوض
على سوم الشراء وذلك لان منفعة العين عائدة الى المستعير ولكونها باستحقاق لان الاعارة
تبرع بالمنفعة لا بالعين والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع بالعين والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة فيظهر الاذن في حالة الانتفاع لا فيما عداه وفيما عداه يكون قبضا بغير
حق فيكون موجبا للضمان بخلاف المودع فانه ما قبض الوديعة لمنفعة نفسه بل لمنفعة مالكه
فلا يضمن وبخلاف المستاجر فانه قبض العين عن استحقاق فلا يضمن ولنا ما حدث
صاحب السنن باسناده الى عطاء بن ابي رباح عن صفوان بن يعلى عن ابيه قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلي فاعطهم ثلثين درعا وثلثين بعيرا قال قلت
يا رسول الله اعارية مضمونة او عارية مؤداة قال بل مؤداة ذكره قبيل كتاب الاقضية

ع

وهو صفوان بن يعلى بن امية كذا ذكر الكرخي في مختصره وذكر الكرخي في كتاب الوديعة من مختصره
باسناده الى عمر بن الخطاب رض قال العارية بمنزلة الوديعة لا يضمنها صاحبها الا ان يتعدى
وحدث الكرخي ايضا عن الرمادي عن عبد الرزاق عن اسرائيل عن عبد الاعلى عن محمد بن الحنفية
ان عليا رض قال لا يضمن العارية انما هو المعروف الا ان يخالف وذكر الكرخي ايضا في باب ما جاء
في العارية وعن الشعبي وابراهيم وعن عمر بن عبد العزيز والحكم وحماد وعن شريح وعن الحسن
البصري ان صاحب العارية مؤتمن لا يضمن والفقه في المسئلة ان سبب الضمان لم يوجد فلا يضمن
والدليل على ان سبب الضمان لم يوجد ان دليل الموجود العقد والقبض فلا يصلح العقد سببا
للضمان لانه عقد تبرع والتبرع لا يصلح سببا للضمان وكذا القبض لا يصلح سببا للضمان
لانه حصل باذن المالك لانه قال له اقبض او قال اذنت لك بقبضه والقبض الحاصل باذن
المالك لا يكون سببا للضمان ولهذا لم يكن سببا للضمان في حالة الانتفاع ولان القبض في كونه
سببا للضمان دون الاتلاف ثم الاتلاف اذا كان باذن المالك لا يوجب الضمان فكذا القبض
بالاذن بالطريق الاولى والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا
لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى
اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك
غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه دائما آناء الليل واطراف النهار وانما ينتفع ساعة
ويمسك اخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك
فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب الضمان والجواب عن المقبوض
على سوم الشراء فنقول وجب الضمان ثمة بالعقد لا بالقبض لانه عقد معاوضة لا عقد تبرع
فان قلت العقد معدوم ولم يوجد بعد فكيف يقال الضمان بالعقد قلت العقد وان كان معدوما
حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذا لم يرض المالك بخروج
ملكه مجانا لان القبض على سوم الشراء وسيلة الى الشراء فاقيم الوسيلة مقام الحقيقة نظرا
له الا ان الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا وانما يصار عن القيمة الى الثمن
اذا وجد العقد حقيقة واذا لم يوجد حقيقة صير الى ما هو الاصل قوله وانما وجب
الرد مؤنته كنفقة المستعار فانها على المستعير لا نفع القبض جواب عن قوله ولهذا كان
واجب الرد معناه ان الخصم يقول لما كان مضمون الرد فكان مضمون العين كالمغصوب فقال

في جوابه

في جوابه الرد من مؤنة القبض الواقع له ومن حصل له نفعه فعليه مؤنته كما يجب على المستعير
نفقة العارية فاما ان يكون القبض تعديا فلا على انا نقول ذلك الاصل منقوض بالحربي اذا غصب
مال المسلم فانه مضمون الرد عندهم وليس بمضمون العين وبالجمال اذا استوجر لحمل العين
فانها مضمونة الرد دون العين وبالعبد المرتد اذا غصب فانه مال مضمون الرد غير مضمون
العين وبالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البايع قبل نقد الثمن والمعنى في الاصل انه قبضه
على وجه التعدي فكان مضمونا وفي مسئلتنا قبضه باذن مالكه لا على وجه التمليك والتوثق
فلم يكن مضمونا كذا في مختصر الاسرار قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد فتذكر هنا
السؤال الذي قلنا في ان العقد ليس بموجود وجوابه قبيل هذا ثم العقد لما جعل موجودا تقديرا
كان للقبض في العقد حكم العقد لان القبض مؤكد للملك ولهذا لو هلك المهر او دخل فيه عيب
كان الهلاك والعيب على الزوج ولو كان الهلاك او العيب بعد التسليم كان عليها فعلم ان القبض
له شبه بابتداء العقد وقد ذكرناه قبيل باب نكاح الرقيق وذكرنا ايضا في باب خيار العيب
قوله على ما عرف في موضعه متعلق بقوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد
اي عرف ذلك في نسخ طريقة الخلاف وكون العارية امانة او مضمونة مستقصى في طريقة الخلاف
وقيل اشار به صاحب الهداية الى كتاب الاجارات من المبسوط قال الحاكم الشهيد في مختصره
المسمى بالكافي رجل استعار من رجل سلاحا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع بنصفين او طعن
بالرمح فانكسر قال لا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه هلك من عمل ماذون فيه فيصير
ماذونا فيه ضرورة وقال الولوالجي في فتاواه رجل دخل الحمام واستعمل قصاع الحمام فانكسرت
لا ضمان عليه وكذا اذا اخذ كوز الفقاع ليشرب فسقط وانكسر فلا ضمان عليه لانه عارية في
في يده قوله قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن اي
قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا استعار الرجل من الرجل
على ان يذهب بها حيث شاء ولم يسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذهب بها الى الحيرة او امسكها
بالكوفة شهرا يحمل عليها او يواجرها قال لا ضمان عليه في شيء من ذلك الا في الاجارة خاصة فانه
حيث آجرها صار ضامنا ويتصدق بالغلة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه امره بالانتفاع
مطلقا والمطلق يتناول اي انتفاع شاء واليه التعيين بفعله ان شاء استعملها في الركوب
او في الحمل عليها واي ذلك فعل لا يمكنه ان يفعل غيره بعد ذلك لان المطلق اذا تعين تقيد فلا يبقى

مطلقا بعد ذلك ولا يملك الاجارة اصلا لانها عقد لازم والعارية عقد جائز وبناء اللازم
على الجائز لا يجوز وقد قال بعض اصحابنا بانه يملك الاجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ثم قال فيه والصحيح انه لا تنعقد الاجارة
لان من اصول اصحابنا ان المنافع لا قيمة لها وانما تتقوم بالعقد لاجل الحاجة ولهذا لم يملك ان
يؤاجر باكثر مما استأجر لان القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على الشرط فلم تتقوم فيما
وراءه وفي العارية لا شرط فلا قيمة فلم تصح الاجارة فاذا فعل ذلك واجرها صار بمنزلة الغاصب
والغاصب اذا فعل ذلك يملك الاجرة ويتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال
مال الغير فكان سبيله التصدق وقال في تحفة الفقهاء وليس للمستعير ان يؤاجر لما ذكرنا فان
فعل فهو ضامن حتى سلمه الى المستأجر ويكون المعير بالخيار ان شاء ضمن المستعير وان شاء
ضمن المستأجر لوجود التعدي منهما فان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ملكه بالضمان
فكانه آجر ملك نفسه فهلك وان ضمن المستأجر ان كان لا يعلم انه عارية يرجع على المستعير
لانه ضمن الدرك بايجاب عقد فيه بدل فيكون غرورا فاما اذا كان يعلم لا يرجع لانه لا غرور
فيه والرجوع بحكم الغرور وهذا محمل ما اطلقه الكرخي في مختصره بقوله فانهما ضمن لم يرجع
على صاحبه اعني اما لا يرجع المستأجر على المستعير اذا علم انها عارية **قوله** قال وله ان
يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل اي قال القدوري في مختصره ولفظ محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي في رجل استعار من رجل دابة ولم يسم شيئا قال له ان
يعيرها وليس له ان يؤاجرها فان آجرها فعطبت فهو ضامن الى هنا لفظ في اصل الجامع
وقال في مختصر الاسرار يجوز للمستعير ان يعير وان شرط ان لا يعير الا ان يكون المعار مما يختلف
باختلاف المستعمل مثل ركوب الدابة ولبس الثوب فانه اذا شرط عليه ان لا يعير لا يجوز خلافا
للشافعي وقال في شرح الاقطع قال الشافعي لا يجوز اعارة المستعير في احد الوجهين قالوا في شروح
الجامع الصغير وهذا بناء على ان الاعارة تمليك المنفعة عندنا وعنده اباحة المنافع
والمباح له لا يملك الاباحة ولهذا لا يملك الاعارة فيما يتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس
ولنا ان لفظة الاعارة للتمليك الا ترى ان الاعارة تنعقد به فانه لو قال ملكتك منفعة
هذا العين شهرا ينعقد اعارة ولان العارية من العرية وهي العطية فكانت بمعنى التمليك والمالك
للشيء يملك التمليك فيه بعد ما تملك كما في المستأجر والموصى له بالخدمة يملك الاجارة ولان

المنافع

المنافع قابلة للتمليك لصحة عقد الاجارة عليها فجعلت الاعارة للتمليك لان الحاجة تمس اليها
بغير عوض كما تمس بعوض ولان التبرع بالمنفعة تارة يكون في حال الحيوة وتارة بعد الموت بالوصية
ثم للموصى له ان يعير فكذلك للمستعير ولا نسلم ان المستعير لا يملك الاعارة فيما يتفاوت الناس فيه مطلقا
بل له ان يعير اذا الاعارة مطلقا ثم العارية على ما قالوا في شروح الجامع الصغير على اربعة اوجه
احدها ان تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع جميعا ففي هذا الوجه للمستعير ان ينتفع به اي
منفعة شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والعقد والثاني ان تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بان
قيده بيوم وعين نوع منفعة كالحمل والركوب فليس له ان يتجاوز ذلك عملا بالتقييد الا ان
يكون خلافا الى خير او الى مثل ذلك فحينئذ لا يضمن والخلاف الى خير كما اذا شرط المعير ان يحمل
عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم شعيرا او سمسما او ارزا او شيء من الحبوب مثل
كيل الحنطة وخفتها لا يضمن استحسانا لانه ليس بشرط مفيد اعتباره لان صاحبه لما رضي
بالحنطة كان ارضى بما دونها وفي القياس يضمن وهو قول زفر لانه مخالف والخلاف الى مثل
ذلك كما اذا شرط ان يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة
غيرها او شرط ان يحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره لا يضمن لان التقييد انما يعتبر
اذا كان مفيدا وهذا التقييد لا يفيد والثالث ان تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع
والرابع على العكس وهو ان تكون مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع ففي الوجهين ليس له ان
يتجاوز المسمى وفي مسئلة الجامع الصغير اطلق الوقت والانتفاع فلا يتقيد بشيء منهما عملا بالاطلاق
فان شاء ركب بنفسه وان شاء حمل وان اعاره غيره للحمل جاز لان الناس لا يتفاوتون في الحمل
والمستعير يملك الاعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه وان اعاره للركوب صح من حيث انه تعيين
للانتفاع والمنتفع لان جهة الانتفاع والمنتفع لم يكن معينة فاذا اعاره للركوب فقد عين
جهة الانتفاع والمنتفع لا انه تمليك لان من استعار للركوب لا يملك ان يعير غيره لتفاوت الناس
في الركوب لكن لما اطلق كان تعيين الراكب مفوضا الى المستعير فاذا عين غيره تعين حتى لو
ركب بعد ذلك بنفسه ضمن واليه ذهب فخر الاسلام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير وتبعه
الصدر الشهيد وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده انه لا يضمن وهذا اصح عندي لان
المستعير من المستعير اذا لم يضمن بالركوب او اللبس لانه استعمل العين باذن المستعير وتمليكه
فلان لا يضمن المستعير اذا ركبه بعد ذلك او لبسه بالطريق الاولى لانه استعمله بالملك لانه لو لم

يملك

لما ملكه عينه ثم ذكر في الكتاب ان المستعير يملك الاعارة ولا يملك الاجارة ولم يذكر انه هل يملك
الايداع قصدا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يودع واليه ذهب الفقيه ابو الليث
والشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخاري والصدر الاجل برهان الائمة والد الصدر
الشهيد قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير واليه اشار محمد في اخر كتاب العارية
فانه قال المعير اذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم انها ملكه فهو خصم وان قال الذي
في يديه قد اودعنيها فلان الذي اعرتها منه فليس بخصم فهذا يدل على ان للمستعير ان يودع
وعليه الفتوى قلت هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتاب العارية من
الاصل وفي الكافي للحاكم الشهيد ايضا وقال بعضهم لا يودع قصدا كما لم تثبت له قصدا وكان
الشيخ ابو الحسن الكرخي يقول لا يجوز ان يودع واستدل بمسئلة ذكرها في الجامع الصغير وهي
ان المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد اجنبي فهلك في يد الرسول ضمن المستعير العارية
فلولا ان ذلك ايداع منه كذا في شرح الطحاوي والحاصل ان العارية المطلقة تعار ولا تؤاجر
وفي ايداعها اختلاف المشايخ والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر والشيء المستاجر
يعار ويؤاجر وفي ايداعه اختلاف المشايخ كذا في شرح الطحاوي **قوله** اذا كان لا يختلف
باختلاف المستعمل وذلك مثل خدمة العبد وزراعة الارض وسكنى الدار وحمل الدابة اما
الركوب واللبس فيختلفان باختلاف المستعمل **قوله** وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف
المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير جواب سوال مقدر بان يقال لو كانت العارية تمليكا لم يتفاوت
حكم اعارة المستعير فيما يتفاوت باختلاف المستعمل ولا فاجاب عنه بهذا **قوله**
وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة اي صحة اعارة المستعير فيما اذا كانت الاعارة مطلقة
عن الوقت والانتفاع **قوله** وهو على اربعة اوجه اي صدور الاعارة من المعير **قوله**
الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك وخير منه وقد ذكرنا بيان المثل والخير وانما قيد بهما لانه
اذا اعار دابة انسانا على ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها اجرا او حديدا او
حجرا مما يكون اثقل لظهر الدابة او اعقر حتى عطبت الدابة ضمن لانه خالف وكذلك لو حمل
عليها حطبا او خشبا او شيئا مما يشق على الدابة كذا في شرح الطحاوي **قوله** والحنطة
مثل الحنطة يعني لا يشترط ان يكون الحنطة المحمولة حنطة المستعير وغيره او حنطة عينها المعير
او عينها بعد ان يكون بذلك القدر قال في شرح الطحاوي ولو حمل عليها من الحنطة اكثر

مما يستحق من القدر فعطبت فانه ينظر ان زاد زيادة لا تطيق حملها مثل تلك الدابة ضمن جميع القيمة
لانها اتلفها وان زاد عليها زيادة تطيق حملها ضمن من قيمتها بان كان الزيادة نحو ان يحمل عليها
احد عشر مختوما فعطبت ضمن من قيمتها جزءا من احد عشر جزءا **قوله** لو ركب بنفسه ليس له
ان يركب غيره قال في شرح الطحاوي وان ركب بنفسه واردف غيره فعطب ضمن نصف قيمة الدابة
لانه خالف في النصف الا اذا كانت الدابة بحال يعلم انها لا تطيق حملهما جميعا فانه حينئذ يضمن جميع
القيمة لانه اتلفها **قوله** ليس له ان يركبه اي الدابة وتذكير الضمير على تاويل الحيوان او الحمار
او البغل او البعير **قوله** حتى لو فعل ضمنه اي لو ركب المستعير الدابة بعد ان اركبها غيره فعطبت
ضمنها وهذا هو الذي ذهب اليه فخر الاسلام واختيارنا ما ذهب اليه شيخ الاسلام خواهر زاده •
وقد مر ذلك قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان استعارها
الى مكان معين فجاوز ذلك المكان فهو ضامن لان الامر قد انتهى ببلوغ ذلك المكان فلزمه الرد الى
المالك فاذا جاوز فقد ترك الرد الواجب فيكون غاصبا فيضمن فان عاد الى ذلك المكان لا يبرأ
عن الضمان لانه عاد بعد انتهاء العقد فلا يبرأ الا بالرد الى المالك ثم قال شيخ الاسلام هذا
اذا استعارها ذاهبا لا جائيا فلو استعارها ذاهبا وجائيا فجاوز ذلك المكان ثم عاد عليه
فقد روى عن ابي حنيفة انه يبرأ عن الضمان لان يده في هذا المكان يد المالك فقد ردها
الى يد المالك معنى فصار كما لو ردها صورة كالمودع اذا رد الوديعة الى المكان الذي امره المالك
بالحفظ فيه اليس انه يبرأ عن الضمان كذلك ههنا ثم قال شيخ الاسلام المذكور والصحيح
انه لا يبرأ عن الضمان بخلاف الوديعة لان المبرئ عن الضمان هو الرد الى المالك من كل وجه
ويد المستعير يد نفسه من وجه بخلاف المودع لان يده يد المالك من كل وجه فافترقا وكذلك
لو استعارها الى مكان فركبها الى مكان اخر مثله صار ضامنا لانه فعل بغير اذن المالك **قوله**
قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اي قال القدوري في مختصره
قال الحاكم الشهيد في الكافي وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض وكذلك كل ما يكال
او يوزن او يعد عددا مثل الجوز والبيض الى هنا لفظ الكافي وكذلك الاقطان والصوف والابريسم
والمسك والكافور وسائر متاع العطر والصيادلة التي لا يقع الاجارة على منافعها قرض
كذلك قال الكرخي في مختصره وذلك لان العارية تمليك المنافع مع بقاء العين على ملك صاحبها
ولا يتحقق الانتفاع بهذه الاشياء الا باتلاف العين فاقتضى تمليك العين لا محالة ثم تمليك العين

بلا عوض اما ان يكون بسبيل القرض او الهبة والقرض ادناهما في التمليك لانه يوجب رد المثل
بخلاف الهبة فثبت القرض مرادا لكونه متيقنا وهذا لان حكم العارية وجوب رد العين
بعد الفراغ من الانتفاع وقد تعذر ردها صورة بعد الفراغ من الانتفاع بالعين فيصار
الى ردها معنى وهو تفسير القرض وهذا اذا اطلق العارية فاما اذا بين الجهة كما اذا استعار
الدراهم او الدنانير ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا او يتجمل بها او نحو ذلك مما لا تتلف به
عينها لا يكون قرضا بل يكون عارية تملك بها المنفعة المسماة دون عينها ولا يجوز له
الانتفاع بها على وجه آخر غير ما سماه وهكذا قال الحاكم في الكافي وان استعار آنية يتجمل بها
في منزله او سيفا محلى او منطقة مفضضة او خاتما لم يكن شيء من هذا قرضا الى هنا
لفظه وذلك لانه امكن العمل بحقيقة الاعارة وهو تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه
لانه يتجمل بهذه الاشياء والتجمل بالمال نوع انتفاع وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال
لآخر اعرتك هذه القصعة من الثريد فاخذها واكلها فعليه مثله او قيمته وهو قرض
الا اذا كان بينهما مباسطة يكون ذلك دلالة الاباحة وفي العيون قال خلف بن ايوب سألت
محمدا رح عن رجل استعار من رجل رقعة يرقع بها قميصه او خشبا يدخله في بنائه قال لا يكون
هذا عارية وهو ضامن لذلك كله وهو بمنزلة القرض فان قال ارده عليك فهو عارية
قوله هذا اذا اطلق اشارة الى قوله وعارية الدراهم والدنانير قرض **قوله** ليعاير
بها ميزانا اي ليسوي بها وفي بعض النسخ ليعير بها وليس ذلك بصواب كذا في الصحاح قال
في المغرب عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى
قوله قال واذا استعار ارضا يبني فيها او يغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه
قلع البناء والغرس اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم يكن وقت العارية
فلا ضمان عليه وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعير ما نقص البناء والغرس
بالقلع الى هنا ترتيب لفظ المختصر اما جواز الاعارة للبناء والغرس فلان ذلك منفعة معلومة
يمكن استيفاؤها بالاجارة فجاز استيفاؤها بالعارية كالسكنى واما جواز الرجوع فلان
المنافع تملك شيئا فشيئا فجاز الرجوع فيما لم يقبض فاذا جاز الرجوع لزم المستعير قلع البناء
والغرس لانه شغل ملك الغير بذلك فلزمه ان لم تتم اذا لم تكن العارية موقتة لا ضمان على
صاحب الارض للمستعير قال الحاكم الشهيد وقال ابن ابي ليلى البناء للمعير ويضمن قيمته

كذا ذكره الكافي وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وعلى قوله مالك له ان يترك
البناء والغرس عليه ويضمنه القيمة وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي اذا اطلق العارية
فليس له ان يقلع الا بشرط الضمان وكذلك ان كانت موقتة فمضت المدة وكذلك الاجارة اذا انقضت
لا يلزم المستاجر القلع الا بشرط الضمان وجه قول ابن ابي ليلى انه فعل ما فعل باذن المالك
فلو سلطناه على القلع لاضررنا به من غير سابقة تعد وفيه تغرير بالمسلمين فلا يجوز ولنا
ان المستعير اغتر بنفسه ولم يغره المعير لانه بنى على عقد جائز لا على عقد لازم وظن
ان المعير يتركها في يده مدة طويلة اما اذا كان وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعير
نقصان البناء والغرس بالقلع كذا ذكر القدوري في مختصره وذلك لانه غره حين وقت له
وقتا فرجع قبله الا ترى ان الظاهر انه يفي بما وعد فلذلك ضمن قال الشيخ ابو نصر البغدادي
وهذا محمول على انه لا ضرر على الارض في القلع فاما ان اضر بها فالخيار لرب الارض لان ملكه
هو المتبوع والبناء تابع في ازالته ضرر عليه فكان له ان يضمن قيمته ويكون له وانما جاز
له الرجوع قبل الوقت لان العارية مقتضاها الرجوع فلا يغيره التوقيت ولكن يكره الرجوع
لئلا يلزم الخلف في الوعد وذلك مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم
وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي فان كان وقت ثم اخرجه قبل الوقت فانه يضمن رب الارض
للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما
فيكون له ذلك الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه غره حيث اطلق له الانتفاع مدة معلومة
وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار وقال الحاكم في مختصره وان كانت اعارة
الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتا او لم يوقت فلما تقارب حصاده اراد ان يخرجه قال
استحسن ان لا ياخذه حتى يحصد الزرع قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي والقياس في ذلك مثل الغرس والبناء لانه انتهى العقد فكان له حق التفريغ ووجه الاستحسان
انا لو امرناه بالقلع لاضررنا به من غير نفع يعود الى المالك ولو بقيناه لنفعناه من غير ضرر يعود
الى المالك لانا نبقيه باجرة والجمع بين الحقين اولى بخلاف النخل لانه ليس لادراكه غاية معلومة
فلو بقيناه لعطلنا عليه منفعة ارضه اما هذا فلادراكه غاية معلومة حتى لو كان الغراس
للبيع والنقل لا للاستبقاء كان الحكم فيه كالحكم في الزرع بخلاف الغاصب حيث يؤمر بقلع الزرع
اذا زرع الارض لانه جان في الابتداء وقد مست الحاجة الى دفع العدوان وههنا بخلافه

كذا في شرح الكافي **قوله** اما الرجوع فلما بينا اشارة الى ما ذكر من الدليل المنقول والمعقول
عند قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء **قوله** وضمن المعير ما نقص البناء والغرس
اي نقصان البناء على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون
البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين والغرس يروى بالفتح على ارادة
المغروس وبالكسر وهو ظاهر **قوله** وذكر الحاكم الشهيد هو ابو الفضل محمد بن احمد السلمي
المروزي صاحب التصانيف من علمائنا المتقدمين مصنف الكافي والمنتقى وغير ذلك وقد
روى في المنتقى عن ابراهيم بن رستم عن ابي عصمة نوح بن ابي مريم المروزي قال سالت
ابا حنيفة من اهل الجماعة فقال من فضل ابا بكر وعمر واحب عليا وعثمان ولم يحرم
نبيذ الجر ولم يكفر واحدا بذنب ورأى المسح على الخفين وآمن بالقدر خيره وشره ولم ينطق
في الله بشيء واستشهد الحاكم الشهيد في شهر ربيع الاخر سنة اربع وثلثين وماتين **قوله**
قالوا اي قال المتاخرون يعني هذا الذي قاله القدوري من ضمان المعير نقصان البناء والغرس
فيما اذا لم يلحق الارض ضرر بسبب القلع اما اذا اضر بها فقال المتاخرون فالخيار لرب الارض
ان شاء اخذ الغرس والبناء بالضمان وان شاء رضي بالقلع لانه مالكه هو المتبوع قال في شرح
الطحاوي ولو كانت في الارض لبناء وغرس او كرم فانه يجبر المستعير على قلعه اذا طلب المعير
ذلك لانه لا نهاية له فكان في الترك مضرة للمعير الا ان يكون في القلع مضرة بالارض ويدخل
فيها نقصان فانها تترك بقيمتها مقلوعة غير قايمة اذا طلب المعير ذلك **قوله** حتى يحصد
الزرع قيل ينبغي ان يروى على بناء المفعول من الثلاثي المجرد والاصح ان يروى بكسر الصاد
من الاحصاد يقال احصد الزرع اذا حان حصاده بدليل ما روى في بعض نسخ الكافي وشرح الطحاوي
في هذا الموضع حتى يستحصد الزرع **قوله** مراعاة الحقين اي حق المعير والمستعير وذلك
لانه يترك الارض في يد المستعير باجر المثل لئلا يفوت منفعة الارض مجانا ولا يتلف زرع
الاخر اصلا فيعتدل النظر من الجانبين كما في الاجارة اذا انقضت المدة ولم يدرك الزرع بعد
يترك الزرع بالاجر نظرا للجانبين كذا هنا **قوله** قال واجرة رد العارية على المستعير اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه واجرة رد العين المستاجرة على الموجر واجرة رد
العين المغصوبة على الغاصب الى هنا تتبع لفظ المختصر وذلك لان الاجر مؤنة الرد
ورد العارية واجب على المستعير فيكون مؤنته عليه وهي الاجر اما الرد فليس بواجب

ابو الفضل محمد بن احمد مصنف الكافي والمنتقى صار شهيدا سنة ٣٣٤

جواب ابي حنيفة في سؤال من هو من اهل الجماعة

على

على المستاجر لان الواجب عليه التمكين والتخلية فحسب والرد زيادة عليه فلا يكون مؤنته
عليه كما في الوديعة لما لم يلزم المودع الا التمكين والتخلية لم يلزمه مؤنة الرد فكذا هنا وذلك
لان منفعة العين المستاجرة تحصل للموجر من حيث المعنى لانه يسلم له ما شرط من اجرة العين
فلا يكون مؤنة الرد على المستاجر واما اجرة رد المغصوب على الغاصب لان الرد واجب عليه دفعا
للعدوان وازالة للضرر عن المالك فاذا كان الرد واجبا عليه كانت اجرة الرد عليه لانها مؤنة
الرد قال في شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي وعلف الدابة على المستعير سواء كانت مطلقة
او مقيدة وكذلك مؤنة الرد على المستعير وفي المغصوب مؤنة الرد على الغاصب وفي الوديعة
مؤنة الرد على صاحبها وفي المستاجر مؤنة الرد على الموجر وفي الرهن مؤنة الرد على الراهن
الى هنا لفظه ثم في كتاب العارية **قوله** قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها
فهلكت لم يضمن اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا رد
المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا صاحبها فربطها في دار صاحبها على معلفه فضاعت قال هو
ضامن في القياس ولكنا استحسن ان لا اضمنه الى هنا لفظ الكافي وقال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره وان رد المستعير الدابة الى منزل صاحبها الذي تكون فيه وربطها على آريها
فهلكت بعد ذلك فلا ضمان عليه استحسانا وفي القياس انه يضمن الى هنا لفظ الكرخي وبالقياس
اخذ الشافعي كذا في شرح الاقطع وجه القياس انه لم يوجد الرد الى المالك وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المعتاد بين الناس لان الناس يستعيرون آلة البيوت ويردونها الى دار صاحبها
ويسلمونها الى من فيه دون صاحب الدار فلو ردها الى المالك لكان المالك ايضا يحفظها بهذا
المكان فقد اسقط عنه المستعير كلفة زائدة فترك القياس بالعادة قال النبي عليه الصلاة
والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولهذا قال مشايخنا لو كانت العارية عقد جوهر
لم يجز ان يردها الا الى المعير لان العادة لم تجر بطرحه في الدار ولا دفعه الى الغلام فان قيل ردوا
فلا يبرا من الضمان الا بالرد الى المالك كالوديعة والمسروق والمغصوب قلنا في الاصل ما جرت العادة
الا بالرد الى المالك بخلاف الفرع فافترقا **قوله** وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم
يسلمه اليه لم يضمن هذا لفظ القدوري ايضا في مختصره الا ان لفظه في اكثر النسخ وان استعار عينا
فردها الى دار المالك **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان رد العواري الى دار المالك معتاد
كآلة البيت **قوله** ولو رد العين المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمها اليه ضمن

وهذه من مسائل العذ ودى ايضا وذلك لان الغاصب يجب عليه ازالة عد وانه بنسخ فعله الذى
وجد منه وذلك لا يتحقق الا بالرد الى المالك واما الوديعة فلان صاحبها لم يرض الا بالرد اليه
لانه لو رضى بالرد الى غيره لم يودعها عنده فاذا ردت الوديعة الى موضع لم يرض المالك ان يكون
الوديعة فيه يلزم الضمان الضمان اصله اذا ردت الى غيره ولا يشبه الوديعة العارية لان
فيها عرفا ترك القياس به بخلاف الوديعة حتى قلنا بالضمان فيها ايضا كما فى عقد الجوهر المستعار
لعدم العرف وقد مر انفا **قوله** قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن
اى قال فى الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة فى الرجل يستعير الدابة
من الرجل ليركبها فيردها مع عبده او مع اجيره او مع عبد رب الدابة او اجيره قال لا ضمان
عليه فان دفعها الى اجنبى ضمن الى هنا لفظ محمد فى اصل الجامع الصغير وذلك لان المستعير
فى حق العين مودع وامين والمودع يملك الدفع الى من فى عياله فكذا المستعير وعبده فى عياله وكذلك
اجيره اذا كان مسانهة او مشاهرة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس فى عياله فكان الرد الى يد
هؤلاء كالرد الى المالك ولم يفصل محمد فى الكتاب بين عبده الذى يقوم على الدابة والذى لا يقوم
عليها ووضع المسئلة فى الاصل فى العبد الذى يقوم عليها وقال يبرأ عن الضمان فلاجل
ذلك قال مشايخنا اذا رد الى عبده الذى لا يقوم عليه يجب ان لا يبرأ عن الضمان لان محمدا
قيده بالعبد الذى يقوم على الدابة فى حق البراءة عن الضمان وذلك ان البراءة لا تقع
اذا كان الرد الى عبد لا يقوم على الدابة ليكون للتخصيص فائدة وقال فخر الاسلام على البزدوى
والصحيح انهما سواء لان الذى لا يقوم على الدابة قد يأخذها فى بعض الاوقات وان رد
المستعير الدابة مع اجنبى ضمن اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل لا ضاعته لانه لا يملك
الايداع كالمودع ودلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع كالمودع ودلت هذه المسئلة
على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا واليه ذهب الشيخ ابو الحسن الكرخى وقد مر بيانه عند
قوله وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل ومن قال بانه يملك الايداع وهو اختيار
ساير مشايخ العراق يأول هذه المسئلة فيقول بان العارية قد انتهت فبقى مودعا والمودع
لا يملك الايداع بالاتفاق وقال فخر الدين قاضيخان والغاصب اذا رد المغصوب على من فى عيال
المغصوب منه او السارق اذا رد السرقة على من فى عيال المسروق منه لا يبرأ عن الضمان بالاجماع
لان الضمان واجب فلا يسقط الا بالرد على المالك من كل وجه ولم يوجد الا انه يسقط القطع احتيا لا

لدلالته يقال مسانهة الاجير اذا استاجره سنة ومشاهرة اذا استاجره شهرا ومياومة اذا استاجره
يوما **قوله** وكذا اذا ردها مع عبد رب الدار او اجيره اى لم يضمن **قوله** وقيل هذا فى العبد
الذى يقوم على الدواب اى عدم الضمان بالرد الى عبد رب الدابة فيما اذا رد الى عبد يقوم على الدواب ب
واما اذا رد على عبد لا يقوم عليها فلا يبرأ عن الضمان **قوله** وقيل فيه وفى غيره وهو الاصح اى
عدم الضمان يكون فى الرد الى عبد يقوم عليها والذى لا يقوم عليها جميعا واليه ذهب فخر الاسلام وذلك
لان العبد صالح للحفظ كالمربط فاذا ردها الى المربط لا يضمن فكذا هذا الخلاف الا ما اذا ردها الى
ارضه لان الارض ليست بصالحة للحفظ قال ظهير الدين اسحق الولوالجى فى فتاواه ولو كان على دابة
بعارية او اجارة فنزل عنها فى السكة ودخل المسجد ليصلى فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها لانه
لما دخل المسجد والبيت وتركها خارج المسجد والبيت فقد ترك الحفظ لما غيبها عن عينه ومن مشايخنا
من قال هذا اذا لم يربطها بشىء اما اذا ربطها لا يضمن لانه متعارف وان كان فى الصحراء فنزل
ليصلى وكان يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه لانه لما امسكها لم يترك حفظها وقال فى الفتاوى
الصغرى استعار من اخر دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها الحنطة
فحمل الوكيل طعاما لنفسه لا يضمن نص عليه فى باب خصومة الصبيان من كتاب الشركة قال
وهذا شىء عجيب ثم قال فى الفتاوى الصغرى استعار ثورا ليكرب ارضه وعين الارض وكرب
ارضا اخرى فعطب الثور يضمن لان الاراضى تختلف فى الكراب سهولة وصعوبة بمنزلة من استعار
دابة ليذهب الى مكان معلوم فذهب الى مكان اخر بتلك المسافة كان ضامنا وكذا لو امسك الثور
فى بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن ايضا لانه ليس له ولاية الامساك لعدم الرضا من المالك وكذا
فى الاجارة اذا امسك ولم يذهب ثم قال المستعير اذا وضع المستعار بين يديه ونام لا يضمن لان
هذا حفظ عادة لكن هذا اذا نام جالسا اما اذا نام مضطجعا يضمن وقد كتبنا هذه المسائل
تكثيرا للفوائد **قوله** كما قال بعض المشايخ اراد به الشيخ ابا الحسن الكرخى **قوله** وقال
بعضهم يملكه واليه ذهب الفقيه ابو الليث **قوله** واقول اى اقول بعض المشايخ الذين قالوا
يملك المستعير الايداع قصدا **قوله** قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتنى
عند ابى حنيفة وقالا يكتب انك اعرتنى اى قال فى الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابى حنيفة فى الرجل يعير الرجل الارض البيضاء ليزرعها قال يكتب انك اطعمتنى وقال
ابو يوسف ومحمد يكتب انك اعرتنى الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهى من الخواص وجه

قولهما ان الموضوع لعقد العارية هو لفظ الاعارة فكان اولى بالاستعمال لان الحقيقة احق بان
تراد ونبّه لهما اخذ الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ووجه قول ابي حنيفة ان عارية
الارض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها من السكنى والبناء ولفظة الاطعام ادل على المراد
لان قوله اطعمتك هذه الارض معناه اذنت لك ان تزرع فيها لتاكل من غلاتها فلما كان كذلك
يكتب بها لتزول الشبهة ويعلم انه اذن له في الزراعة خاصة دون البناء والسكنى ولفظة الاطعام
وان كان مجازا فمعلوم لكونه مستعارا لان كل احد يعلم ان ذات الارض لا تطعم فكانت اولى بالاستعمال
لتبيين المراد بها ونختم هذا الكتاب بما قال الفقيه ابو الليث في اخر كتاب العارية من العيون روي
ابو سليمان ان رجلا من تين كان يختلف الى محمد بن الحسن فمات فباع كتبه محمد بن الحسن ثم قرا والله
يعلم المفسد من المصلح قيل لابي سليمان كان محمد بن الحسن في ذلك اليوم قاضيا قال لا والله اعلم

كتاب الهبة

ذكر وجه المناسبة في الوديعة اعلم ان الهبة
عقد مشروع ثبت مشروعيته بالكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب
فقوله تعالى واتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا
والصدقة المهر والنحلة العطية وهنيئا مريئا اي طيبا سائغا معناه فان وهبت المراة من
للزوج مهرها او شيئا منه عن طيب نفس بلا اكراه ولا رهبة ولا افتداء من سوء عشرة فليأكله
الزوج مأمون التبعة في الاخرة والمراد بالاكل هو الانتفاع به اكلا كان او غيره وخص الاكل
بالذكر لانه هو معظم المقصود بالمال كذا في التيسير وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى اباح الاكل
بالهبة فدل انها عقد مشروع واما السنة فما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا ابناءكم مجدا واقيلوا الكرام عثراتهم وروى الترمذي
في جامعه مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال تهادوا فان الهدية تذهب
وحر الصدر وروى البخاري في كتاب الهبة من جامعه الصحيح باسناده الى ابي هريرة عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لو دعيت الى ذراع او كراع لاجبت ولو اهدي الي ذراع او
كراع لقبلت وروى الترمذي في جامعه مسندا الى انس بن مالك قال قال رسول الله عليه الصلاة
والسلام لو اهدي الي كراع لقبلت ولو دعيت اليه لاجبت وروى البخاري في الصحيح مسندا
الى ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قيئه
وفي رواية كالكلب يرجع في قيئه والاحاديث التي تدل على جواز الهبة فيها كثيرة وعليه

انعقد اجماع الامة من غير نكير واما المعقول فلان الهبة احسان وبر بالموهوب له والاحسان
امر مندوب اليه قال تعالى ان الله يامر بالعدل والاحسان فيدل على جواز الهبة ثم ينبغي لك ان تعرف تفسير
الهبة لغة وشريعة وركنها وشرط جوازها وحكمها اما تفسيرها في اللغة فهي اعطاء الشيء بغير
عوض اي شيء كان مالا كان او غير مال قال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور اطلق اسم الهبة
على الولد وان لم يكن مالا لانه اعطاء بغير عوض وفي العرف يراد بها تمليك المال بغير عوض وهو المراد
في الشريعة واما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب
وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا
قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب
والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول واما شرط جوازها فالقبض حتى لا يثبت
الملك للموهوب له عندنا قبل القبض خلافا لابن ابي ليلى ومالك فانه ليس بشرط عندهما وكونها
غير مشاع اذا كانت مما يحتمل القسمة شرط الجواز ايضا وعند الشافعي هبة المشاع جائزة وكذا
الخلاف في التصدق بالمشاع وكون المحل المضاف اليه الهبة مالا قابلا للتمليك شرط الجواز ايضا
حتى اذا وهب المدبر او ام الولد او الحر لا يصح واما حكمها فوقوع الملك للموهوب له ملكا غير لازم
الا ان يحصل مقصود الواهب من الهبة كصلة الرحم لكن يكره الرجوع لانه من الدناءة وعند الشافعي
يقع الملك لازما الا في هبة الوالد لولده وعند مالك لا رجوع في الهبة الا للوالدين خاصة كذا
في كتاب التفريع **قوله** وتصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا لفظ القدوري في مختصره اما
الايجاب والقبول فلان الهبة عقد والعقد لا بد له من الايجاب والقبول واما القبض فهو شرط
صحة الملك للموهوب له حتى لا تملك قبل القبض عندنا في حق ثبوت الملك للموهوب له اما اذا حلف
وقال لا يهب لفلان فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض
لانه تمليك فلا يفيد الملك الا بالقبول كما في البيع ولنا ان الهبة اسم لايجاب ملك من جانب واحد
وانه يتم بالمالك لان القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجوب الهبة فصار كما اذا حلف ان لا يقر
له بشيء او ان لا يوصي له بشيء فاقر او اوصى هو ولم يقبل الاخر يحنث فكذا هذا بخلاف البيع
فانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما كذا في الحصر والمختلف وعند ابن ابي ليلى يثبت الملك قبل
القبض كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهو مذهب مالك
قال في كتاب التفريع لاصحاب مالك ومن وهب شيئا من ماله لزمه دفعه الى الموهوب له

اذا طالبه به وان ابى ذلك حكم به عليه اذا اقر او قامت عليه البينة وان انكر الهبة حلف
عليها وبرئ منها وان نكل عن اليمين حلف الموهوب له واخذها منه وان مات الواهب
قبل قبضها قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب بهبته الى هنا لفظ التفريع وقال الخرقي
من اصحاب احمد بن حنبل ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن الا بقبضه وتصح في غير
ذلك بغير قبض اذا قبل كما يصح في البيع وجه قولهم قالوا ان القبض ليس بشرط لان الهبة تمليك فلا يشترط
فيه القبض كسائر التمليكات وقد روي عن علي وعبد الله انهما قالا اذا اعلمت الصدقة جازت
وعن شريح انه قضى بصدقة لم تقبض فدل ان القبض فيها ليس بشرط فكذا في الهبة لانهما سواء
اذ كل واحد منهما عقد تمليك بلا عوض كذا ذكر حديث علي وعبد الله وشريح شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه ولنا ما روى مسلم في صحيحه باسناده الى مطرف عن ابيه قال
انتهيت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول الهاكم التكاثر يقول ابن ادم مالي
مالي وهل لك من مالك الا ما اكلت فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت فاشترط
الامضاء وهو القبض فكان حجة على مالك وحدث الطحاوي في شرح الاثار وقال حدثنا يونس
ابن وهب ان مالكا حدثه عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي
صلى الله عليه وسلم انها قالت ان ابا بكر الصديق رضه نحلها جاد عشرين وسقا من ماله
بالغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من احد من الناس احب الي غنى بعدي
منك واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك وانما هو اليوم
مال الوارث وانما هما اخواك واختاك فاقتسموه على كتاب الله تعالى فقالت عائشة والله
يا ابه لو كان كذا وكذا لتركته انما هي اسماء فمن الاخرى قال ذو بطن ابنة خارجة اراها
جارية قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فكان الامر كما تفرس
يعني تحقق فراسة ابي بكر رضه حتى ولدت زوجته التي هي ابنة خارجة جارية وقد افاد
الحديث ان القبض شرط تمام الهبة وافاد ايضا ان مرض الموت زمان تعلق حق الورثة
بمال المريض لانه سماه مال الوارث وافاد ايضا ان الغنى افضل من الفقر وفيه اختلاف
بين العلماء قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه قال بعضهم الغني الشاكر
افضل من الفقير الصابر والى هذا كان يميل القاضي الامام ابو جعفر احتج من فضل الغنى
بحديث ابي بكر فانه اختار لعائشة رضها الغنى على الفقر وقالوا لانه انما يختار لولده ما هو افضل

٣٧

في الدين ولان مكارم الاخلاق توجد من الغني لا من الفقير وبحديث سعد حيث قال له رسول الله
صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ولهذا
قال صلى الله عليه وسلم اليد العليا خير من اليد السفلى واليد العليا يد الغني واحتج من فضل
الفقر بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اللهم احيني مسكينا وامتني مسكينا واحشرني
في زمرة المساكين فقد اختار رسول الله صلى الله عليه وسلم الفقر وقد عرضت عليه الدنيا عيانا فردها
فلم يقبل وحديث ابي بكر ليس فيه دلالة على تفضيل الغنى لانه احب الغنى لغيره لا لنفسه والمستحب
للانسان ان يحب لغيره ما فيه السعة والرفاهية وفي حق نفسه يختار ما هو اشق الا ترى ان
ابا بكر اختار الفقر في حق نفسه حتى بذل جميع ماله حتى قال له رسول الله عليه الصلاة والسلام
ماذا خلفت لاهلك فقال الله ورسوله وفي حديث ابي بكر دليل ايضا على انه لا باس بتفضيل
بعض الاولاد على البعض في المحبة وهذا بلا خلاف لان المحبة من عمل القلب والقلوب بيد الله تعالى
الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل بين نسائه وكان يقول هذه قسمتي فيما املك
ولا تواخذني فيما تملك ولا املك وفيه دليل ايضا على انه لا باس بتفضيل بعض الاولاد على
البعض بالهبة حالة الصحة فان ابا بكر رضه فضل عائشة على غيرها من اولاده بالهبة
حالة الصحة قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهذا فصل لا رواية فيه عن اصحابنا في المبسوط
وقد روي عن ابي حنيفة رضه في غير رواية الاصول انه لا باس بالتفضيل اذا كان التفضيل بسبب
زيادة فضل له في الدين وان كانا سواء فانه يكره التفضيل وروى المعلى الرازي عن ابي يوسف
انه قال لا باس ان يوثر الرجل بعض ولده على البعض في الصحة اذا لم يرد به الاضرار وينبغي له
ان يسوي اذا كان يريد الاضرار فان كان اولاده ذكورا واناثا سوى بينهم في العطية يعطي الابنة
مثل ما يعطي الابن قال وقال محمد يعطي الذكر ضعف ما يعطي الانثى والدليل المعقول على ان
القبض شرط في الهبة ان الهبة تبرع فلا يملك بمجرد القول حتى ينضم اليه غيره كالوصية وحديث
مالك محمول على الصدقة الموقوفة لا المنفذة وابو يوسف يجوزها من غير قبض وانما حملنا على
ذلك بدليل ما روي في مبسوط خواهر زاده عن ابن عباس رضه انه قال لا تجوز الصدقة الا مقبوضة
مقسومة وعن معاذ انه قال لا تجوز الصدقة الا مقبوضة قال ابو سليمان الخطابي في غريب
الحديث في قوله جاد عشرين وسقا اي نخلا يجد منه ما يبلغ عشرين وسقا والجاد هنا بمعنى المجدود
فاعل بمعنى مفعول يقال جددت النخل اجده جدا وجدادا اذا صرمته **قوله** ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام

لايجوز الهبة الا مقبوضة في صحة هذا الحديث عن النبي عليه الصلاة والسلام نظر والاولى
ان يتمسك في كون القبض شرطا بحديث ابي بكر الذي رويناه قبل هذا وانه قال ما قال بحضرة
الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع ولهذا قال صاحب التحفة روى عن جماعة من
الصحابة انهم قالوا لا يجوز الهبة الا مقبوضة محوزة والحديث الذي رويناه من صحيح مسلم
يدل على اشتراط القبض ايضا لانه اشترط فيه القبض للصدقة فكان شرطا للهبة ايضا لانهما
سواء اذ كل واحد منهما تمليك بلا عوض وقال في المبسوط في باب الهبة فيما يجوز وفيما لا يجوز
روى عن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم انهم قالوا لا يجوز الهبة الا محوزة مقبوضة **قوله**
بخلاف الوصية متعلق بقوله وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به
يعني ان القبض شرط في الهبة فلو لم يشترط وثبت الملك فيها للموهوب له قبل القبض لزم الالزام
على المتبرع وهو تسليم الهبة وازالة يده عنها وذلك لا يصح لانه لا يليق بالمتبرع بخلاف
ثبوت الملك للموصى له في الوصية قبل القبض لانه لا يلزم الالزام على المتبرع من القول بثبوت
الملك قبل القبض لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ولهذا يشترط القبول بعد موت
الموصي فكان اوانا ثبوت الملك في الوصية بعد الموت فحينئذ لا يبقى الالزام على الموصي لزوال
اهلية اللزوم بالموت فلم يكن ذلك الزاما وايجاب ضمانا على المتبرع وكذا الالزام على الوارث
ايضا لان الوصية مقدمة على الارث فامتنع حق الوارث فلم يملك ما نفذت الوصية فيه فافهم
قوله فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب وهذا الذي ذكره استحسان
والقياس ان لا يصح قبضه في المجلس بغير اذن الواهب وبه قال الشافعي كذا ذكر شيخ الاسلام
خواهرزاده في مبسوطه وجه القياس انه تصرف في ملك الغير بدون اذنه فلا يصح وذلك لان
ملك الواهب فيه قبل قبض الموهوب له باق بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق ووجه
الاستحسان ان الهبة تمليك من جهة الواهب ولا يتم ذلك الا بقبض الموهوب له لان القبض
شرط لما بينا فكان الاقدام منه على الهبة تسليطا على القبض اقتضاء فجاز القبض في المجلس
وان لم يوجد الاذن نصا صحيحا بيانه ما قال شيخ خواهرزاده في مبسوطه انه لا بد لبقاء الايجاب
على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا
واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام

على

على الايجاب اذنا للمشترى بالقبض لمقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء
يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن
في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف
ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس والجواب في بيع الفاسد
على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الهبة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وان كان العبد الموهوب حاضرا فقال له الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها وانصرف
الواهب فقبضه الموهوب له جاز لان التخلية اقامة منه فاذا قبض باذنه تم العقد قال
فرق بين هذا وبين البائع فانه اذا خلى بينه وبين المبيع انه قابضا وان لم يباشر القبض بخلاف
الهبة والفرق بينهما ان القبض واجب عليه في باب البيع وانه محتاج الى اخراج نفسه عن
العهدة اذا اتى بما في وسعه وليس في وسعه الا التخلية بخلاف الهبة فان التسليم ليس بواجب
عليه في الهبة فاذا لم يسلم اليه ويقبضه لا يعد مسلما وان كان غائبا فاذن له في القبض جاز
له ان يرجع ما لم يقبض لان الهبة لا تلزم قبل اتصال القبض بها فصح رجوعها كذا في شرح
الكافي وقال الكرخي في مختصره فان اذن له في القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب وبغير حضرته
جاز القبض وان وهب له دينا على رجل واذن له ان يقبضه من الذي هو عليه جاز اذا قبض ذلك
استحسانا ايضا وان لم ياذن له في قبض الدين لم تجز الهبة وان قبضه الموهوب له وان كان
ذلك ايضا بحضرة الواهب لان المال الذي يقبض عن الدين ملك الذي عليه الدين حتى يقبضه
صاحب الدين او يجعل قبضه الى غيره فيقبضه المعنى الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** ولنا
ان القبض وكان ينبغي ان يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر
قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا **قوله** والمقصود منه اي من الهبة وذكر الضمير
الراجع الى المونث بتاويل العقد **قوله** الحاقا له اي للقبض **قوله** فكذا ما يلحق به اي
بالقبول والمراد بما يلحق به هو القبض **قوله** بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس وكان
ينبغي ان يذكر قوله بخلاف ما اذا نهاه بواو العطف عطفا على قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق
لان حكمهما واحد كما لا يجوز قبض الموهوب له بعد الافتراق لا يجوز قبضه اصلا اذا وجد النهي
من الواهب وذلك لانه انما كان له ان يقبض قبل الافتراق وقبل النهي بدلالة التسليط
على القبض فاذا جاء النهي صريحا تركت الدلالة لان الصريح يفوق الدلالة قال شيخ الاسلام

خواهر زاده في مبسوطه فاما اذا نهاه عن القبض بعد الهبة بان قال له لا تقبض فقبض فانه
لا يصح قبضه قبض في المجلس او بعد المجلس اما بعد المجلس فلا اشكال فيه لانه لو قبض في المجلس
لم يصح قبضه فبعد المجلس اولى وان قبض في المجلس لم يصح لان نهي الواهب الموهوب له عن القبض
رجوع عن الايجاب لان القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع من حيث ان الملك به
يقع فيكون النهي عن القبض بمنزلة النهي عن القبول في باب البيع من والبايع لو نهى المشتري عن
القبول بعد الايجاب كان ذلك رجوعا منه عن الايجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض
لا يصح قبضه فكذلك هذا **قوله** وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه واطعمتك هذا الطعام وحملت هذا الثوب لك واعمرتك
هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة الى هنا لفظ القدوري اما انعقاد
الهبة بقوله وهبت فلانه صريح في الهبة فانعقدت به واما اذا قال نحلتك عبدي هذا او
قال نحلتك هذا الثوب وقبضه المنحول له كان هبة لان النحل والهبة في اللغة سواء لما قد ث
الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاما فامرتني امي ان اذهب
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لاشهده على ذلك فقال صلى الله عليه وسلم اكل اولادك
اعطيته فقال لا قال فاردده وقد روينا عن شرح الاثار ايضا قبل هذا عند قوله وتصح
بالايجاب والقبول والقبض عن عائشة رضي الله عنها انها قالت ان ابا بكر الصديق نحلها جاد عشرين
وسقا فعلم ان النحل والهبة في عرف الشرع واللغة سواء فلو قال وهبت ينعقد به
الهبة فكذا اذا قال نحلت واما قوله اعطيتك هذا الثوب ينعقد هبة فانه عبارة عن التمليك
بغير عوض لان الاعطاء والايتاء سواء في اللغة فاذا كان عبارة عن التمليك وقد اضيف
الى العين كان هبة واما قوله اطعمتك هذا الطعام فاذا قبضه وقبضه كان هبة وان كان
الاطعام في اللغة عبارة عن الاباحة بدلالة القبض لان الهبة هي المحتاجة الى القبض
لا الاباحة فانها تتم من غير قبض وصدر الكلام قد يتغير اذا كان في اخره ما يغيره ولهذا
كما في التعليق والاستثناء بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لا هبة
لان عين الارض لا تطعم وغلتها تطعم فانصرف الاطعام الى الغلة فكانه قال اطعمتك غلة
هذه الارض فيصير معيرا للارض منه لان اطعام غلة معدومة لا يتصور الا بعد اعارة
الارض منه وفي تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم

عينه

عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة
كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يوكل عينه فكان الاطعام
في الاية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم واما قوله حملت هذا الثوب لك فلما روى محمد بن اسحق
في هجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فلما قرب ابو بكر راحلتين الى رسول الله عليه الصلاة
قدم له افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اركب
بعيرا ليس لي قال فهي لك يا رسول الله بابي انت وامي قال لا ولكن ما الثمن الذي ابتعتها به قال كذا
وكذا قال قد اخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا فدل ان قوله لك يدل على الهبة
واما قوله اعمرتك هذا الشيء فلان العمرى والهبة في عرف الشرع سواء الا ترى الى ما روى في شرح
الاثار مسندا الى طاوس عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال العمرى لمن وهبت
له وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
امسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فمن اعمر شيئا فهو له واما قوله حملتك على هذه الدابة انما تكون هبة
اذا نوى به اياها لانه يحتمل الامرين العارية والهبة فيعتبر نيته الا ترى الى قوله تعالى اذا ما اتوك
لتحملهم اي لتركبهم ويقال حمل فلان فلانا الى مكة اي اركبه دابة واعارها اياه ويراد تمليك العين
ايضا في عرف الناس فيقال حمل الامير فلانا على فرس اذا اعطاها اياه وان لم يكن له نية يحمل على
الاعارة لتيقنها لان ما زاد عليه مشكوك فلا يثبت من غير قصد قال اهل اللغة الحملان اجر
ما يحمل عليه من الدواب في الهبة خاصة ويقال الحملان الجنيبة بعينها **قوله** ولو قال كسوتك
هذا الثوب يكون هبة ذكرها وهو من مسائل المبسوط تفريعا على مسئلة القدوري قال شيخ
الاسلام خواهر زاده في مبسوطه واذا قال كسوتك هذا الثوب كان هبة لان الكسوة في عرف لسان
الشرع عبارة عن تمليك العين بغير عوض لا عن تمليك المنفعة قال الله تعالى او كسوتهم والمراد به تمليك
العين لا تمليك المنفعة والفاظنا تحمل على ما هو المراد من الفاظ الشرع **قوله** ولو قال منحتك
هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل وهذا ايضا ذكره تفريعا واشار بقوله لما روينا
الى ما ذكره في اول كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة
وهكذا ذكر الجواب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي من غير تفصيل وقال اذا قال
منحتك هذه الارض فهي عارية وحكى شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده تفصيلا في مبسوطه
وقال اذا قال منحتك ان كان مضافا الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون اعارة وان اضيفا في

الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة وفي ذلك لان المنحة يذكر ويراد به
العارية قال النبي عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة واراد به العارية لان الهبة لا تكون
مردودة وانما المردودة العارية ويذكر ويراد به الهبة يقال منح فلان فلانا اي وهب له واذا
كانت اللفظة صالحة للامرين جميعا والعمل بهما متعذر في عين واحدة لان العين الواحدة لا يتصور
ان يكون عارية وهبة في وقت واحد عملنا بهما في محلين مختلفين فقلنا اذا اضيفت الى ما
لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة كما في المكيل والموزون توفيرا على المعنيين حظهما
بقدر الامكان قال في الجمهرة منحت الرجل امنحه وامنحه اذا اعطيته واصل المنح الاعطاء وهو
ان يعطي الرجل الرجل ناقة او شاة فيشرب لبنها ثم يردها ثم كثر ذلك حتى صار كل من اعطى
شيئا فقد منح والناقة منحة ومنيحة **قوله** ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة
فهي عارية وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يقول لرجل هذه لك هبة سكنى ودفعها اليه قال هذه عارية وان قال هي لك سكنى هبة
فهي سكنى الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر هبة في قوله هبة سكنى على الحال وكذلك لو قال
داري لك عمرى سكنى فقبضها فهي عارية وكذلك لو قال هي لك نحلى سكنى او قال سكنى صدقة
او قال هي لك صدقة عارية او قال هي لك هبة عارية او قال هي لك عارية هبة لانه لما نص على
الجهة وهي السكنى والعارية كان المراد اثباته في حق الانتفاع بيان هذا ان اللام للتمليك في قوله
هي لك فاحتمل تمليك المنفعة فلما ذكر السكنى او العارية كان محكما في ارادة تمليك المنفعة
والهبة محتملة لارادة تمليك المنفعة فحمل المحتمل على المحكم وهذا بخلاف ما اذا قال هي لك هبة
تسكنها او عمرى تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها وقع مشورة لا تفسيرا وهذا لان قوله داري
لك اسم وقوله سكنى اسم والاسم يصلح ان يكون نعتا وتفسيرا للاسم فصار كانه قال لك سكنى
داري ولو قال ذلك كانت عارية فكذلك هذا بخلاف قوله تسكنها لانها لا تصلح نعتا وتفسيرا لقوله
داري لك لان الفعل لا يصلح نعتا للاسم كذا قال خواهر زاده والاولى ان يقال انه اراد بالهبة
السكنى في قوله هبة سكنى لانه فسرها بها وهبة السكنى عارية بخلاف قوله تسكنها لانه اخرج
الكلام في الهبة مخرج الارسال واخرج الكلام في السكنى مخرج المشورة فصار كانه قال كانه وهبت
لك هذه الدار وسكت ثم قال اسكن هذه الدار فصار مشورة كقوله هذا الطعام لك تاكله وهذا
الثوب لك تلبسه وان قال هي لك هبة اجارة كل شهر بدرهم او اجارة هبة فهي اجارة في الوجهين

جميعا لانه نص على جهة الاجارة هذا لا يشكل انما قال هبة اجارة لانه ذكر في اخر كلامه ما يغير
اوله وانما الاشكال فيما اذا قال داري لك اجارة هبة كل شهر بكذا فانها لا تكون هبة بل تكون اجارة
لان اول الكلام انما يتغير باخره اذا كان اول الكلام محتملا للتغيير كما في استثناء البعض والتعليق فاذا
لم يكن محتملا للتغيير فلا يتغير كاستثناء الكل وهنا لا يحتمل اول الكلام التغيير لان الكلام معاوضة والمعاوضة
لا يحتمل التغيير الى التبرع ولم يذكر في المبسوط ان الاجارة تكون لازمة او غير لازمة قال شيخ الاسلام
ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه حكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن حامد رح انه قال دخلت
على الجصاص واستفدت منه فوايد احدها هذه وهو انه قال هذه الاجارة لا تكون لازمة حتى
كان لكل واحد منهما ان يرجع قبل القبض وبعد القبض ايضا لكل واحد منهما ان يفسخ لكن اذا سكن
يجب الاجر لان المنافع في المستقبل غير معتوضة وهذا لانه امكن العمل باللفظين فيعمل بهما بقدر الامكان
كما في الهبة بشرط العوض وقال في شرح الكافي وان قال وهبت هذا العبد لك حيوتك وحيوته وقبضه
فهذه هبة جائزة وهذه هي العمرى فيبطل الشرط ويصح الهبة وكذلك قوله وهبت لك هذا العبد
حيوتك فاذا مت فهو لي واذا مت انا فهو لك دني وكذلك لو قال هذه هبة لك ولعقبك من بعدك
فهي هبة وذكر العقب لغو لما بينا ان الشروط الفاسدة لا تفسد بها الهبة وان قال اسكنتك
هذه الدار حيوتك ولعقبك من بعدك فهي عارية لان الاسكان تنصيص على تمليك المنفعة
قوله نحلى سكنى قال في تهذيب ديوان الادب النحلى العطية **قوله** مشورة هي بتسكين
الشين وفتح الواو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى المشورى وهي استخراج راي على غالب الظن
قوله قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا ينقسم جائزة اي
قال القدوري في مختصره وقوله محوزة احترازا عما اذا كانت الهبة مشغولة بما لم يقع عليه الهبة كالثمر
في النخل والزرع في الارض كالظرف فيه متاع للواهب وقوله مقسومة احترازا عن المشاع قال
علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد الملك قبل القسمة وقال الشافعي انها تامة والمشاع
فيما يحتمل القسمة وبعض اصحابنا قالوا انها فاسدة والاصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ولا نقول
انها فاسدة بل غير تامة كذا هذا واجمعوا على ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة
تامة كذا قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية قال علماؤنا هبة
الشايع فيما يحتمل القسمة لا تفيد الملك قبل القبض وقال الشافعي تفيد الملك بالتخلية واجمعوا
على ان هبة الشايع الذي لا يحتمل القسمة تفيد الملك بالتخلية وقال شيخ الاسلام علاء الدين

الاسبيجابي في شرح الكافي واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى في دار غير مقسوم فسلم اليه جميع
الدار لم يجز وكذلك ان وهب له نصيبا في بيت كبير لم يجز لان البيت يقسم وكل شيء يقسم لا يجوز وهذا
خلافا للشافعي وشيء يقول لنا انه يقسم انه يبقى منتفعا به انتفاع البيت بعد القسمة اما اذا
لم يبق منتفعا به ذلك النوع من الانتفاع مثل الحمام الصغير اذا قسم والبيت الصغير فانه يجوز هبته
قبل القسمة اتفاقا وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه قال علماؤنا
اذا وهب شيئا ما يحتمل القسمة لا يجوز سواء وهب من الاجنبي او من شريكه وقال الشافعي يجوز
من الاجنبي ومن الشريك وقال ابن ابي ليلى ان وهب من الاجنبي لم يجز وان وهب من الشريك جاز
واجمعوا على انه اذا وهب ما لا يحتمل القسمة فانه يجوز ولا يريدون بقولهم انه لا يحتمل القسمة
انه لا يحتمل التجزي في نفسه لانه ما من شيء في الدنيا الا ويحتمل التجزي في نفسه وانما يريدون
بقولهم لا يحتمل القسمة ان المنفعة تفوت اصلا بالقسمة والتجزي كما في العبد متى قسم وجزئ
يفوت المنفعة اصلا او يفوت جنس المنفعة كما في الحمام والبيت الصغير الى هنا لفظ خواهر زاده
وجه قول الشافعي ان المشاع بعض الكل وهبة الكل جائزة فكذا هبة البعض كما في المشاع في الذي
لا يحتمل القسمة والفقه فيه ان المشاع قابل لحكم الهبة وهو الملك ولهذا صح بيع المشاع فيما لا يحتمل
القسمة فكذا يقبل الملك بسبب البيع فكان المشاع محلا للهبة والدليل على هذا ان المشاع
يصلح راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط في باب السلم والصرف فلو لم يكن المشاع
قابلا للقبض لما صلح راس مال السلم وبدل الصرف ولذلك اذا باع الشايع الذي يحتمل القسمة بيعا
فاسدا وخلى بينه وبين المشتري يدخل في الضمان المشتري ويخرج عن ضمان البايع والدخول
في ضمان المشتري مبني على القبض فلو لم يكن محلا للقبض لما دخل في ضمان المشتري وكذلك قرض
المشاع في الذي يحتمل القسمة صحيح والقرض تبرع والتبرع لا يصح بدون القبض بيانه
انه نص في كتاب المضاربة في رجل دفع الى رجل الفا نصفه قرضا ونصفه مضاربة فانه يصح
وكذا لو اوصى بثلث داره شايعا صح ويثبت الملك قبل القبض ولنا ما روينا عنه قوله
ولا يصح بالايجاب والقبول والقبض ان ابا بكر قال لعايشة واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا
فلو كنت جددتيه واحرزتيه كان لك وانما هو اليوم مال الوارث فشرط الحيازة لصحة الهبة
وروى اصحابنا في شرح المبسوط عن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي رض انهم قالوا لا تجوز الهبة
الا محوزة مقبوضة والحيازة جمع الشيء في حيز واحد وذلك انما يكون بالقسمة والفقه فيه

ان القبض

ان القبض شرط لصحة الهبة باتفاق بيننا وبينه والقبض لا يتحقق في الشايع لان المعين شرط
لصحة القبض لانه بلاقيه الفعل حقيقة وانما يتصور ملاقاة الفعل اذا كان بحيث يشار اليه
ليقصده الفاعل بالفعل والشايع لا يشار اليه فلا يتاتى فيه القبض بخلاف ما لا يحتمل القسمة
لانه تعذر تحقق القبض الكامل فيه فاكتفي بالقبض القاصر ولانا انما شرطنا القبض احترازا عن
الزام الواهب ضمان القسمة وههنا لا يلزمه ضمان القسمة فحكمنا بالجواز وقال شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه والمعنى في المسئلة ان هذا حكم شرعي علق بسبب فلا يثبت بالناقص من السبب من غير
ضرورة قياسا على وقوع الملك في باب البيع لما كان حكما شرعيا علق بسبب وهو البيع لم يثبت
بالناقص منه من غير ضرورة وهو البيع بالاشارة من الناطق لان الاشارة دون النطق فكذلك
هذا وبيني بقولنا حكم شرعي ان المعلق بالقبض في باب الهبة انما هو الملك وانه حكم شرعي لانه لا يثبت
ولا يشاهد فلا يثبت بالناقص من القبض من غير ضرورة وقد تمكن في قبض المشاع نقصان
لان قبض الهبة في الشايع انما يحصل تبعا لقبض ما ليس بهبة لا مقصودا لانه لا يحصل قبضه الا بقبض
الكل وما يحصل تبعا لغيره يكون انقص من الحاصل مقصودا وقال في الطريقة البرهانية والدليل
على ان قبض المشاع ناقص ان القسمة من تمام القبض والشيء بدون ما يتم به يكون ناقصا وبيان
ان القسمة من تمام القبض ان الانصبا قبل القسمة متفرقة وبالقسمة تجتمع فيقبض ولهذا اذا
اشترى نصف دار شايعا وقاسمه البايع ليس للشفيع ان ينقض القسمة وللشفيع نقض كل تصرف
باشره المشتري الا القبض وما هو من تمام القبض فلولا ان القسمة من تمام القسمة كان له حق النقض
واذا ثبت ان قبض الشايع ناقص لا يجوز ان يكتفى به من غير ضرورة وقال خواهر زاده ولا يلزم
على ما قلنا على ما لا يحتمل القسمة لانا نقول حكم شرعي علق بسبب فلا يثبت بالناقص من السبب
من غير ضرورة وفيما لا يحتمل القسمة ضرورة وهو فوات المنفعة اصلا على الواهب او فوات
جنس المنفعة متى قسم والحكم الشرعي اذا علق بالسبب يجوز ان يثبت بالناقص من السبب حالة
الضرورة كما يثبت البيع بالاشارة من الاخرس لان الحال حال ضرورة ولا ضرورة فيما يحتمل القسمة
لان القسمة تمكن حتى تزول النقصان المتمكن في القبض والجواب عن المسائل فنقول القبض ليس
بشرط في البيع بخلاف الهبة فافترقا فجاز بيع المشاع دون هبة المشاع والصرف والسلم وان
كان القبض شرطا فيهما لكنهما عقدا ضمان فناسبا الزام الضمان القسمة بخلاف الهبة فانها
عقد تبرع فلم يكن الزام حق مطالبة القسمة مناسبا لها لحصول الفرق والقرض عقد تبرع في الابتداء

وعند ضمان الانتهاء لانه يلزم المستقرض رده فبالنظر الى التبرع يشترط القبض كما في
الهبة وبالنظر الى الضمان لا يشترط كما في البيع فاكتفي فيه بالقبض الناقص عملا بالشبهين وكونه
ليس من شرطها القبض بل تتم بالقبول بعد الموت قبل القبض الناقص وقد مر البيان عند بيان
قوله وتصح بالايجاب والقبول والقبض قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة
والهبة لاقت العين هذا جواب سؤال يرد على قوله ولانه في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو
القسمة وبيانه ان الهبة في الشايع فيما يحتمل القسمة لو جازت يلزم الزام القسمة على الواهب
والالزام ينافي التبرع فيرد جواز الهبة فيما لا يحتمل القسمة وفيه الزام المهاياة فكيف جاز
الزام المهاياة ولم يجز الزام القسمة فاجاب عنه بهذا وقال الالزام في المهاياة ليس في نفس ما تبرع
به بل في غيره لان تبرعه لاقى العين والمهايات تلاقي المنفعة فلم يلزم المنافاة والجواب الصحيح
ان يقال هبة الشايع فيما لا يحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم
يؤدي ذلك الى الزام التهايؤ فنقول لا نم لان التهايؤ ليس بواجب لان فيه اعارة كل واحد منهما
نصيبه من صاحبه والاعارة لا يكون واجبة قوله وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد
والصرف والسلم اي هذه الاشياء كالوصية في ان الشيوع لا يمنعها لان القبض ليس بمنصوص
عليه في هذه الاشياء كما ان القبض ليس بشرط في الوصية فحصل الفرق بين هبة الشايع فيما يحتمل
القسمة وبين هذه الاشياء ولكن لنا نظر فيه ان القبض ليس بشرط في الصرف والسلم لقوله عليه
الصلاة والسلام الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء رواه البخاري في الصحيح ولما روى
ابو عبيد القسم بن سلام في حديث النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى عن الكالي بالكالي
قال حدثنيه زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما
عن النبي عليه الصلاة والسلام انه نهى بالكالي بالكالي قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة
والاولى في الجواب عن الصرف والسلم ما قلنا اولا قوله ولو وهب من شريكه لا يجوز لان
الحكم يدار على نفس الشيوع جواب سؤال يقال من جهة الخصم بان يقال عدم الجواز الهبة في الشايع
لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون دايرا على نفس الشيوع او على لزوم المطالبة بالقسمة ان قلتم
بالاول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم وان قلتم بالثاني يبطل بما اذا وهب نصيبه من شريكه لا يجوز
عندكم مع انه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة فاجاب عنه وقال الحكم معلق
بالشيوع في محل يتصور المطالبة بالقسمة لان الشرع انما جعله مانعا لاجل المطالبة بالقسمة

فاقتنا

فاقتنا الشيوع مقام المطالبة بالقسمة ولكن في موضع يتصور القسمة وفي الذي لا ينقسم لا يتصور
وفي هبة نصيبه من شريكه يتصور فاقيم مقامه بقي الكلام هنا مع ابن ابي ليلى وجه قوله ان
نفس الشيوع ليست بمانعة من صحة الهبة بدليل جوازها مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة وانما
المانع ضمان القسمة وهذا المعنى انما يتحقق اذا وهب للاجنبي دون الشريك ولنا ان الشيوع فيما
يحتمل القسمة منع جواز الهبة لوجهين انه يجب على الواهب ضمان القسمة بسبب الهبة والثاني ان
القبض ناقص لما قلنا ونقصان السبب له اثر في منع ثبوت الحكم وهنا ان لم يوجد احد المانعين وجد
المانع الاخر فلم يصح الهبة لان الحكم يجوز ان يكون معلولا بعلل شتى قوله قال ومن وهب شقصا
مشاعا فالهبة فاسدة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان قسمه وسلمه جاز واراد
به الهبة فيما يقسم لان هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة ولهذا قال الكرخي في مختصره وان وهب له
شيئا مشاعا ثم قسم ما وهب وافرزه ثم سلمه الى الموهوب له جاز وكذلك اذا وهب دارا فيها طعام م
للواهب او ثمره معلقة في نخل او زرعا في ارض فاخرج الطعام من الدار وجد الثمر من النخل
وحصد الزرع ثم سلم ذلك محوزا مفرزا جاز ذلك ينظر في ذلك الى حال القبض دون حال العقد الى
هنا لفظ الكرخي وذلك ان هبة المشاع انما فسدت او لم تتم على ما هو الصحيح لمعنى الاشاعة
فقد زال ذلك بعد القسمة والتسليم والدليل على ذلك حديث ابي بكر رضه انه نحل عايشة جاد عشرين
وسقا وبين انها لو حازته وقبضته جاز فلولا ان العقد في المشاع وقع صحيحا لم تملكه بالحيازة
والقبض قوله وعنده لا شيوع اي وقت القبض لم يبق الشيوع قوله قال ولو وهب دقيقا
في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة اي فان طحن وسلم لم يجز اي قال القدوري في مختصره
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته او ما في بطن
غنمه او ما في ضروعها او وهب له سمنا من لبن قبل ان يسلي او زبدا منه قبل ان يمخض او دهنا
من سمسم قبل ان يعصر او زيتا من زيتون او دقيقا من حنطة وسلطه على قبضه عند الولادة
او عند استخراج ذلك فان ذلك لا يجوز ولا يشبه هذا الدين يهبه له ويسلطه على قبضه لان
الدين الذي في ذمة الغريم يجوز بيعه منه وهبته له وغير ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا فيه الى
هنا لفظ الكرخي وذلك لان بعض هذه الاشياء معدوم عند العقد او معجوز التسليم لمعنى في المحل
او مجهول حتى لا يكون بعض هذه الاشياء معدوم عند العقد او معجوز التسليم لمعنى في المحل او مجهول
حتى لا يكون محلا للبيع واذا لم يكن محلا للعقد كانت الهبة فاسدة لا موقوفة بخلاف هبة المشاع

والموهوب المتصل بغيره حيث يجوز الهبة اذا سلم بعد الافراز والفصل لان المشاع محل قابل للحكم
لكن المانع لمعنى في غيره وهو العجز عن التسليم لا لمعنى في نفس المعقود عليه فاذا زال المانع انقلب
جايزا الى هذا اشار في التحفة **قوله** وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع
في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع ذكره تفريعا على مسئلة القدوري يعني اذا سلطه
على القبض فحلب اللبن وجز الصوف وحصد الزرع وجد التمر جاز وذلك لانه قد تبين هذا
في هبة المشاع فانه قسمه وسلمه جاز وهذا يحتاج الى بيان قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى
بالكافي في باب الهبة فيما يجوز وفيما لا يجوز رجل وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصوف او ما في
ضروعها من اللبن لم يجز ذلك الا ان يامره بجز الصوف فيجوز حينئذ ويصير هبة بعد الجز قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا استحسانا والقياس انه لا يجوز لان العقد
وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا ثم قال وكذلك تمر الشجر والزرع ثم قال الحاكم الشهيد في اخر هذا الباب
من الكافي رجل وهب ما في بطن جاريته لرجل وسلطه على قبضه اذا وضعت فوضعت ثم قبضها
الموهوب له لم يجز وكذلك دهن السمسم قبل ان يعصر والزيت في الزيتون ودقيق الحنطة وكذلك
اللبن في ضرع الشاة والصوف على ظهرها فسوى بين هبة الولد والصوف في عدم الجواز وقال قبل
هذا اذا سلطه على الجز جاز استحسانا فمن مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين ولكن
ذكر في اخر الباب جواب القياس وسكت عن جواب الاستحسان وذكر في اول الباب جواب القياس
وسكت عن جواب الاستحسان وذكر في اول الباب جواب القياس والاستحسان جميعا ومنهم من
قال فيه روايتان في رواية يجوز استحسانا وفي رواية لا يجوز قياسا واستحسانا لانه عطف
على مسئلة الدهن في السمسم وذلك فاسد قياسا واستحسانا فكذلك هذا وجه ما ذكر في اول
الباب من الجواز ان الصوف واللبن وان كان صفة من اوصاف الشاة وقت العقد الا انه يصير
اصلا حالة القبض وانه مال قايم وقت العقد والمانع من جواز الهبة كون المضاف اليه وصفا
فاذا صار اصلا بالانفصال وقت القبض زال المانع من الجواز وقت القبض فصحت الهبة كما لو
وهب المشاع يحتمل القسمة ثم افرز وسلم مفرزا جاز بخلاف الولد لانه وقع الشك في ثبوت
المحلية في الولد فلم يصح الهبة لعدم المحلية لا للمانع وقت العقد مع قيام المحلية فاما ههنا الصوف
مال قايم من حيث الحقيقة الا انه وصف حالة اضافة الهبة ويصير اصلا حالة القبض مع
بقاء المالية فيه والعبرة لحال القبض بخلاف البيع لان البيع يوجب الملك بنفسه وحال ما يوجب

الملك بنفسه هو وصف والوصف مما لا يقبل التمليك مقصودا فلهذا لم يجز وفي باب الهبة يقع الملك
بالقبض وحالة القبض اصل ليس بوصف ووجه ما ذكر في اخر الباب انه لا يجوز قياسا واستحسانا
ان الصوف واللبن ان كان يصير اصلا الا انه كان وصفا حالة الهبة والوصف ليس بمحل لاضافة
التمليك اليه مقصودا ولهذا لم يجز اضافة البيع اليه واذا لم يصلح محلا للهبة لغت الهبة اصلا كما لو
اضيفت الى الولد في البطن بخلاف الشايع لان الشايع محل لاضافة التمليك اليه لحال مقصودا الا
ترى انه لو باع جاز فكذا يصح محلا لاضافة الهبة اليه الا انه شرط الافراز لينزول النقصان عن
القبض بعد ما كان مضافا الى محله ووجه القياس لمن يقول ان في المسئلة رواية واحدة يجوز
استحسانا ولا يجوز قياسا والذي ذكر في اخر الباب جواب القياس انه اضاف الهبة الى غير
محله فلا يجوز كما لو اضاف الى الولد وذلك لانه اضاف الى الوصف لان الصوف واللبن ما دام
ما دام متصلا بالشاة بمنزلة وصف من اوصاف الشاة والوصف ليس بمحل الاضافة التمليك
اليه مقصودا كما لو اضاف الى يدها ورجلها ووجه الاستحسان ان هذه هبة صدرت
من اهله مضافا الى محلها لان محلها مال قايم مملوك للواهب والصوف واللبن مال قايم
للواهب وقت العقد والقبض جميعا وقد وجد اضافة الهبة اليه فصحت الهبة الا انه
متصل بغيره فكان بمعنى الشايع فاذا امره بالقبض وقد زال الاتصال بما ليس بموهوب
وقت القبض صحت كما في الشايع بخلاف الولد لانه وقع الشك في وجوده ووقع الشك في جود
المالية فيه بعد الوجود وفي الاصل لم يكن محلا لانه كان مالا قايما حالة الاتصال لا يبقى
مالا بعد الانفصال وقيام المالية يعتبر وقت العقد والقبض جميعا فان قيل ان استقام
هذا في الصوف لا يستقيم في اللبن لان وجوده على خطر وقد يكون الانتفاخ بسبب الريح
او بسبب الدم او بسبب اللبن فقد وقع الشك في وجود اللبن وفي وجود المالية ومع هذا
جازت الهبة استحسانا متى امره بالقبض فالجواب عنه ان الانتفاخ للريح محتمل واللبن
محتمل فاستوى الوجود مع العدم ثم ترجح جانب الوجود لان امكان التعرف للحال
في وسعها بخلاف الولد فان الوجود والعدم استويا في الولد ولم يترجح جانب الوجود
لان التعرف غير ممكن واذا لم يترجح الوجود لم يثبت المحلية ولم يكن ثابتا من الاصل بالشك
وكذلك اذا وهب الزرع في الارض وثمر النخل والنخيل فانه يجوز اذا امره بالقبض لانه
لو باع هذه الاشياء جاز فكذا الهبة كذا ذكر شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده

وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده ايضا في مبسوطه في باب الهبة فيما لا يجوز قال اذا
وهب الحمل على الدابة وسلم مع الدابة كذلك فانه يجوز ولو وهب الدابة وعليها حمل
وسلم كذلك فانه لا يجوز وقال اذا وهب المكان في قمقمة وسلم مع القمقمة فانه يجوز واذا
وهب القمقمة وفيها ماؤه لم يجز والهبة متصلة بملكه في الفصول كلها والفصل ممكن ثم
اجاز الهبة في البعض ولم يجوز في البعض لان الاتصال بين الهبة وملكه اتصال مجاورة
لا اتصال خلقة ومتى كان الاتصال اتصال مجاورة لا اتصال خلقة لا تمنع الجواز بسبب
الاتصال وانما يمتنع اذا بقي له يد الاستعمال على الهبة بعد التسليم اذا كان مشغولا بحقه فاذا
وهب الدابة وعليها لجام وسلم جاز لانه غير مستعمل للدابة بسبب اللجام لان استعمال
الدابة يتحقق بدون اللجام ولو وهب اللجام على الدابة لم يجز لان اللجام ما دام على الدابة
فهو مستعمل للجام لان استعمال اللجام انما يكون بالدابة فما دام على دابته فهو مستعمل للهبة
وكذلك اذا وهب الحمل على الدابة وسلم مع الدابة يجوز لانه لا يكون مستعملا للحمل بكونه
على دابته لان الحمل انما يوضع على الدابة ليصير الدابة مستعملا بالحمل لا الحمل واذا وهب
الدابة وعليها حمل فانه لا يجوز فانه مستعمل للدابة بحمله واذا وهب الماء في القمقمة يجوز
لانه لا يكون مستعملا للماء بالقمقمة لانه انما يجعل في القمقمة ليصير القمقمة مستعملة
بالماء لا الماء ولو وهب القمقمة لم يجز لانه مستعمل للقمقمة بالماء لان الماء يوضع في القمقمة
ليصير القمقمة مستعملة به فعلى هذا قالوا اذا وهب حنطة في جوالق وسلم مع الجوالق فانه
يجوز لانه غير مستعمل به فعلى هذا قالوا اذا وهب الحنطة بالجوالق لان وضع الحنطة في الجوالق
لا يكون استعمالا للحنطة ولو وهب الجوالق وفيها حنطة لم يجز لانه مستعمل للجوالق بالحنطة لان الحنطة
انما توضع في الجوالق ليصير الجوالق مستعملا به فعلى هذا الاصل يدور جملة هذه المسائل قوله
قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا اي قال القدوري
في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا وهب له وديعة في يده او عارية او ما هي
امانة في يده وقبل ذلك ملك الهبة وصح قبضه لهذا بكونها في يده بعد العقد عليها وكذلك ان
كانت مضمونة بيده بقيمتها او مثلها كان كذلك ايضا وان كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن يكون
مضمونا بالدين او المبيع يكون مضمونا بالثمن فوهب المالك ذلك لمن هو في يده فانه لا يكون
قابضا بكون ذلك في يده الا ان يقبضه قبضا مستانفا بعد عقد الهبة الى هنا لفظ الكرخي

والاصل

والاصل في ذلك ان العين الموهوبة اذا كانت في يد الموهوب له امانة كالوديعة والعارية
ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحسانا والقياس ان لا يصير قابضا حتى يخلي بين
نفسه وبينها وجه القياس ان يد المودع يد المودع فكانه وهب له ما في يده فلا بد فيه من
قبض ووجه الاستحسان ان الهبة يتعلق صحتها على مجرد القبض فلا تفتقر الى قبض بصفة ومجرد
القبض موجود عقيب العقد فصحت الهبة ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هو في يده لان البيع
يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع عقيب العقد قبض امانة فلا بد من تجديد قبض اخر وذلك
لا يكون الا بالتخلية بينه وبين الوديعة واما اذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على
وجهين ان كانت مضمونة بمثلها او بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم فانه يملكه
بالعقد ولا يحتاج الى تجديد قبض وذلك لان القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة
وهو الضمان وذلك الضمان يصح البراءة منه الا ترى انه لو ابرا الغاصب من ضمان الغصب
وسقط فصارت الهبة براءة من الضمان فبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة وان كانت العين
مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين فلا بد من قبض مستانف
بعد عقد الهبة وهو ان يرجع الى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها وذلك
لان العين وان كانت في يده مضمونة الا ان هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب
له فلم يكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر
كذا في شرح الاقطع وقال محمد في الاصل ارايت رجلا استودع اخاه عبدا او ثوبا او متاعا او دارا
او دابة ثم قال صاحب المتاع والدابة والعبد قد وهبت لك الذي استودعتك وهو في يدي المودع
اجوز ذلك قال نعم اذا قال قبلت قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قد شرط القبول هنا
وذكر فيما اذا وهب عبدا لابنه ثم قبضه في المجلس او بعد المجلس وكان مامورا بالقبض نصا انه يصح
ولم يشترط في ذلك قبولا وانما كان كذلك لان في تلك المسئلة العبد ليس في يد الموهوب له حالة الهبة
واذا لم يكن العبد في يد الموهوب له كان الموهوب محتاجا الى احداث قبض حتى يملك الهبة فمتى اقدم
على القبض كان ذلك اقداما على القبول ورضا منه بوقوع الملك منه فملكه وان لم يوجد القبول
منه نصا اما هنا لا حاجة للمودع الى القبض لان الهبة في يده فمتى لم يشترط القبول نصا بعد
الايجاب للواهب يقع الملك له في الهبة بغير رضاه لانه لا حاجة الى القبض ولا يجوز ان يقع الملك
للموهوب له بغير رضاه صيانة من توهم الغرر وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده ايضا في مبسوطه

وان كان الموهوب له ساكنا في دار باجر او عارية قال نعم هذا جائز لان قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة فلان ينوب قبض الاجارة و في قبض الاجارة زيادة ضمان ليس في قبض الوديعة اولى **قوله** واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الاب يلي التصرف المالي على ولده الصغير ما دام صغيرا فكذا يلي عليه في قبض هبته فاذا وهب بنفسه ناب قبضه مقام قبض الولد بخلاف ما اذا كان الولد كبيرا فان قبض الاب لا ينوب عن قبضه وان كان في عياله وقال ابن ابي ليلى ان قبض الاب ينوب عن قبضه اذا كان في عياله كذا ذكره خواهرزاده وهذا بخلاف ما اذا كان الشيء الموهوب مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا حيث لا تجوز الهبة بيانه ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه من ابنه الصغير لم يجز لان القبض شرط لتمام الهبة وقد فقد حقيقة وتقديرا الا انا جعلنا يد الاب فيما يهبه لابنه الصغير يدا لابنه اذا كانت قائمة وههنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للابن فانعدم القبض الذي هو متمم للهبة فقلنا بالفساد وكذلك لو كان العبد الموهوب غصبا في يدي رجل او مقبوضا لرجل بحكم شرى فاسد لانه يعدم اليد للواهب فتنعدم يد الصغير تقديرا قال صاحب الهداية وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذا كل من يعوله ذكره تفريعا على مسئلة القدوري يعني يتم الهبة بمجرد العقد لان هؤلاء لهم ان يقبضوا الهبة للصبي فكان قبضهم كقبضه بخلاف ما اذا كان الاب او وصيه حيا حيث يشترط قبضه لان ولاية القبض له وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا وهب الاجنبي للصغير فقبضها له ابوه او وصي ابيه بعده او جده ابو ابيه بعد ابيه او وصيه جاز ذلك وكذلك من غاب منهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود احد منهم كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم من الصبي او كان اجنبيا فاذا لم يكن واحد من هؤلاء الاربعة قبض للصبي من كان الصبي في حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن الصبي في عياله من ذي الرحم المحرم ولا غيره وان كان الصبي يعقل ولم يبلغ بعد فقبض ما وهب له واحد الاربعة حتى جاز قبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وكذلك الصبية اذا عقلت وكان لها زوج قد دخل بها فقبضت او قبض لها زوجها جاز ذلك وكذلك ان قبض الاب في هذه الحال جاز على الصبي والصبية الهبة

قبضه فان قبض للصبي غير من هو في عياله من ذي الرحم لم يجز وان كان اقرب الى الصبي الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي ثم الموهوب له اذا كان من اهل القبض فحق القبض اليه وان كان الموهوب له صغيرا او مجنونا فحق القبض الى وليه وولية ابوه او وصي ابيه ثم جده ثم وصي جده ثم وصي وصيه ثم القاضي ومن نصبه القاضي سواء كان الصغير في عيال هؤلاء او لم يكن واما الام والاخ والعم وغيرهم من ذي الرحم المحرم فان لم يكن الصغير في عيال واحد من هؤلاء فانه لا يجوز قبض واحد منهم وان كان الصغير في عيال واحد منهم جاز قبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وكذلك لو ان الصغيرة زفت الى بيت زوجها فوهبت لها هبة فقبضها زوجها يجوز استحسانا ولو قبض الصغير بنفسه وهو يعقل جاز ذلك استحسانا ولو وهب للصغير ابوه فالاب هو الذي يقبض بنفسه وكذلك كل من كان له حق القبض من الاولياء وقبضه لذلك اعلامه والاشهاد عليه فالاشهاد للاستيثاق ولو لم يشهد جاز فيما بينه وبين الله تعالى الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه الاصل في هذا الباب ان قبض الاب يجوز على ولده الصغير سواء كان في عياله او لم يكن لانه يلي عليه في نفسه وماله ما دام صغيرا سواء كان في عياله او لم يكن لانه يلي عليه في نفسه وماله ما دام صغيرا سواء كان في عياله او لم يكن فكذا يلي عليه في قبض الهبة وكذلك الجد اذا كان الاب ميتا لانه يلي عليه في نفسه وماله بعد موت الاب ما دام صغيرا سواء كان الصغير في عياله او لم يكن فكذا يلي عليه في قبض الهبة في الحالين فاما الاخ والعم والجد اذا كان الاب حيا والام اذا قبضوا الهبة للصغير ان كان الصغير في عيالهم جاز قبضهم عن الصغير استحسانا لان للاجنبي ذلك اذا كان الصغير في عياله حال عدم الاقارب او حال غيبتهم غيبة منقطعة استحسانا فللاقارب اولى وان لم يكن الصغير في عيال هؤلاء لا يجوز قبضهم لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ومن لا يكون له ولاية التصرف في المال على الصغير لا يكون له قبض الهبة كالاجنبي هذا اذا كان الصغير في عيالهم والاب غائب فاما اذا كان الاب حاضرا والصبي في عيالهم هل يصح قبضهم الهبة عن الصغير ام لا قال شيخ الاسلام خواهرزاده لم يذكر محمد هذا الفصل نصا في الكتاب يعني في المبسوط ولم يقل يصح او لا يصح الا انه ذكر في الاجنبي اذا كان يعول اليتيم وليس لهذا اليتيم احد يعني من الاقارب الا الرجل الذي يعوله فان له ان يقبض الهبة عن الصغير فظاهر هذا الشرط يقتضي ان لا يصح قبض الاجنبي متى كان لليتيم قريب اخر حاضر سوى الاجنبي وان كان الصغير في عيال الاجنبي

وذكر في الجد وقال لا يصح قبضه عن الصغير اذا كان اب الصغير حيا ولم يفصل بينهما اذا كان
الصغير في عياله او لم يكن فظاهر ما اطلق من الجواب يدل على ان الاب متى كان حاضرا
لا يكون للجد القبض وان كان في عياله وذكر في الام اذا قبضت وهو في حجرها وعيالها وليس
له اب ولا جد انه يجوز قبضها فظاهر ما ذكر من الشرط يدل على انه لا يصح قبضها اذا كان
للصغير اب حاضر او جد حاضر وان كان الصغير في عيالها وذكر في الاخ وقال اذا كان الاب
غايبا غيبة منقطعة والصبي في حجر اخيه وعياله فوهب للصبي هبة فقبض الاخ قال يجوز
فظاهر ما ذكر يدل على انه لا يجوز قبض الاخ اذا كان الاب حاضرا وذكر ان من تزوج صغيرة
تجامع مثلها وهي في عيال الزوج قال ان قبضت هي او الزوج او الاب جاز القبض فقد جعل
للزوج حق قبض الهبة عن الصغيرة وان كان الاب حاضرا ولم يشترط لصحة قبض الزوج عن
امراته غيبة الاب ثم قال خواهر زاده فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام
والجد والاخ وقالوا يجوز قبض هولاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضرا
كما في الزوج وما ذكر من غيبة الاب وعدم قريب آخر في الاجنبي انما قاله بناء على الغالب فان
الغالب ان الصغير انما يكون في عيال هولاء حال فقد الاب او غيبته غيبة منقطعة والشرط
اذا خرج اتفاقا فلا يكون له عبرة وذهبوا الى ان حق القبض انما ثبت للزوج عليها في مالها
اذا كان الاب حاضرا لكون الصغيرة في عياله لا ولاية تثبت للزوج عليها في مالها بسبب النكاح
وهذا المعنى موجود في هولاء حال حضرة الاب فيكون لهم ما للزوج ومنهم من
فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امراته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال
غيبته وفي الاجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب احق للصغير وفيما ذكر من الاقارب
حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالهم ولا يكون لهم القبض عن الصغير حال
حضرة الاب وذهبوا في ذلك الى ان سبب ثبوت ولاية القبض لغير الاب كون الصغير في عياله
وقد تحقق هذا السبب من كل وجه في حق الزوج حال حضرة الاب كما تحقق حال غيبته لانه ليس
للاب انتزاع الصغيرة من الزوج واذا لم يكن له انتزاع الصغيرة من الزوج حال حضرته
صار حضرته كغيبته وكان سبب ولاية القبض عن الصغيرة مستحقا للزوج فاما في غير
الزوج ما دام الاب حاضرا فله ان ينتزع الصغير من الاخ والجد والعم وقريب آخر فان ينتزع
من الاجنبي واذا كان للغير حق الانتزاع لم يستقر لهولاء سبب ولاية القبض كون الصغير

في عيالهم وهذا غير مستقر حال حضرة الاب وغير المستقر ثابت من وجه غير ثابت من وجه
وولاية القبض لهولاء لم تكن ثابتا فلا يثبت بسبب هو ثابت من وجه غير ثابت من وجه فان
قيل ما ذكرتم من الفرق يشكل بالام فانه شرط في الام لصحة قبض الام عن الصغير ان لا يكون
للصغير اب ولا جد ومتى كان الاب حاضرا لا يملك الانتزاع منها فكان يجب ان يكون الجواب في الام
كالجواب في الزوج فالجواب عنه ان سبب ثبوت الولاية لها ان تحمل من حيث ان الصغير في عيالها
وليس لاحد حق انتزاع هذا الصغير منها الا انه تمكن في جانبها نقصان اخر في الولاية وهو نقصان
العقل ولا بد لثبوت ولاية القبض لا نشاء بعد ما كان الصغير في عياله من العقل فان الصغير اذا
كان في عيال مجنون لا يكون للمجنون ان يقبض الهبة عن الصغير وقد تمكن في عقلها نقصان فنزل
تمكن النقصان في العقل بمنزلة نقصان تمكن في كون الصغير في عياله بان كان للغير حق الانتزاع
منه فلو تمكن في هذا نقصان لم يجز القبض عن الصغير حال حضرة الاب فكذلك في الام وقال
شيخ الاسلام خواهر زاده ايضا ثم في قبض الاجنبي اذا كان الصغير في عياله وليس له احد من
الاقارب وقبض الاخ اذا كان الصغير في عياله والاب غايب غيبة منقطعة وقبض الصغير بنفسه
وهو ممن يعقل قياس واستحسان القياس ان لا يصح وفي الاستحسان يصح وجه القياس ان
القبض تصرف في مالي يتردد بين النفع والضرر لانه ربما يكون الهبة بحال لا يساوي نفقته
فيكون الهبة في هذه الحالة ضررا لا نفعا وكل تصرف مالي يتردد بين الضرر والنفع فانه لا يصح
الا ممن له ولاية التصرف على الصغير في ماله وليس لهولاء ولاية التصرف في مال الصغير وان كان
الصغير في عيالهم فيجب ان لا يكون لهم ولاية القبض على الصغير والدليل عليه ما اذا لم يكن الصغير
في عيالهم لا يصح قبضهم عن الصغير لانه ليس لهم ولاية التصرف في ماله فكذا اذا كان الصغير في عيا لهم
والصبي المحجور وان عقل لا يصح منه تصرف مالي يتردد بين الضرر والنفع الا باذن الولي
كالبيع والشراء فكذا يجب ان لا يصح قبض الهبة منه ووجه الاستحسان ان المنفعة اصل
في الهبة لانه تمليك مال بغير عوض وهذا في نفسه منفعة والضرر موهوم مشكوك فيه ولو كان
الضرر متيقنا بيقين من تصرف هولاء صح كما في قضاء الدين صح من الاجنبي في حق الصغير ومن
غير الاب وان لم يكن الصغير في عيالهم ولو كان الضرر ثابتا بيقين وزواله مشكوك فيه بدخول
ما يماثله في ملكه كما في البيع كان لا يثبت لمن ليس له ولاية على الصغير في ماله سواء كان الصغير في
عياله او لم يكن في عياله فاذا كانت المنفعة اصلا والضرر موهوما اثبتنا ولاية قبض الهبة

على الصغير ممن له ولاية تربية الصغير وتحضينه بان كان الصغير في عياله اعتبارا بجانب
المنفعة ولا يصح ممن ليس له ولاية التربية والتحضين اصلا ولا ولاية التصرف في ماله اعتبارا
بجانب الضرر **قوله** وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب هذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان الاب يملك على الصغير ما كان مترددا بين النفع والضرر كالبيع والشرا
فلان يملك ما كان نفعا محضا كالهبة والصدقة بالطريق الاولى **قوله** وان وهب لليتيم
هبة يقبضها له وليه وهذا ايضا لفظ القدوري وذلك لان الهبة للصبي حق من حقوقه
والولاية في جميع حقوقه لوليه فكذا في هذا الحق قال في شرح الطحاوي ووليه ابوه او وصي
ابيه ثم جده ثم وصي جده ثم وصي وصيه ثم القاضي ومن نصبه القاضي سواء كان الصغير
في عيال هولاء او لم يكن وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** وان كان في حجر امه فقبضها له جائز
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكذلك اذا كان في حجر اجنبي يربيه وذلك لان
من يعوله ضرب من الولاية بدليل انه يؤدبه ويسلمه الى الصناعة فجاز قبضه له اذ هو
نفع محض فملكه من هو في عياله ولا يجوز قبض من لا يعوله ممن لا ولاية له وان كان ذا رحم محرم
منه لعدم الولاية يقال فلان في حجر فلان اي في كنفه وتربيته **قوله** وان قبض الصبي
الهبة بنفسه جاز وهذا لفظ القدوري ايضا في مختصره وذلك لان المسلمين في جميع الاعصار
جوزوا من غير نكير قبض الصبيان اذا تصدق عليهم او وهب لهم فدل على ان قبضهم صحيح
ولان للصبي يدا صحيحة ولهذا لا يجوز لاحد انتزاع ما في يده بلا بينة كالبالغ فصح قبضه
وقبض الصغير اذا كان يعقل في حال حيوة ابيه او جده جائز استحسانا لا قياسا وقد مر
قبل هذا وجه القياس انه لا ولاية له على نفسه فينبغي ان لا يصح قبضه للهبة كما لا يصح قبضه
للبيع ووجه الاستحسان ان في قبض الهبة نفعا محضا بلا ضرر لانه يملكه بلا عوض فيصح
قبضه كما يصح قبض من يعوله **قوله** وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد ان زفت
ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري وقد مر البيان مستوفي قبل هذا **قوله** ويملكه مع
حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها وفي بعض النسخ من يعولها اي يملك الزوج قبض ما وهب
لزوجته الصغيرة بعد الزفاف مع حضور الاب ولا يملك الام وكل من يعول الصغير مع حضور
الاب والفرق مضى قبل هذا وقال بعض مشايخنا يجوز لهم ايضا ان يقبضوا الهبة للصغير
اذا كان في عيالهم كالزوج وعند احترز في المتن بقوله في الصحيح وقد مر الوجه فيه قبل هذا

قوله

قوله قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
وان وهبها واحد من اثنين لم يصح عند ابي حنيفة وقالا يصح وقال في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يتصدق على الرجلين المحتاجين بعشرة دراهم قال جائز فلو تصدق ق
على غنيين لم يجز وان وهب لمسكينين عشرة دراهم على وجه الصدقة فهو جائز ولا يجوز ذلك للغنيين
وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ذلك كله للغنيين والمحتاجين الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وحاصل
هذا انه اجاز الصدقة من اثنين ولم يجز الهبة من اثنين ولكنه جعل الهبة عبارة عن الصدقة
اذا وهب للفقيرين وجعل الصدقة عبارة عن الهبة اذا تصدق على الغنيين مجازا لان كل
واحد منهما تمليك بلا عوض وفرق في الحكم بين الهبة والصدقة في الجامع الصغير وفي الاصل
سوى بينهما فقال في كتاب الهبة عقيب الهبة فيما ينقسم من اثنين وكذلك الصدقة ونقل
صاحب الاجناس عن الاصل اذا وهب رجلان دارا من رجل جاز في قولهم ولو وهب رجل
من رجلين دارا لم يجز في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد جاز وفي الرهن من رجلين
جاز في قولهم جميعا وكذلك في الاجارة جاز من رجلين واذا وجد شياع الدار من طرفين
لا يجوز عند اصحابنا كمن وهب نصف دار من رجل وسلمها اليه ثم وهب النصف الآخر من رجل
آخر وسلمها لم يجز في قولهم ولو لم يسلمها اليه حتى وهب النصف الاخر من رجل ثم سلمها اليهما فان
عند ابي حنيفة لا يجوز وقال ابو يوسف ومحمد جاز الى هنا لفظ الاجناس وقال الكرخي في مختصره
ولو وهب دارا لرجلين او كر طعام او الف درهم او شيا مما يكال او يوزن او يقسم لرجلين وا قبضهما
ذلك لم يجز الهبة عند ابي حنيفة وهي جائزة عند ابي يوسف ومحمد ولو قسم ذلك قبل القبض وسلم
الى كل واحد منهما حصته مقسومة جاز ذلك وان وهب عبدا او ثوبا لرجلين او شيا مما لا يقسم
جاز ذلك في قولهم جميعا ولو وهب رجلان دارا بينهما لرجل وسلماها اليه جاز ذلك في قولهم
جميعا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره ثم اعلم ان هبة ما ينقسم لا يجوز لاثنين عند ابي حنيفة
باتفاق الروايات اما الصدقة فيه لاثنين يجوز على رواية الجامع الصغير عند ابي حنيفة
ولا يجوز على رواية الاصل كالهبة لانه ابطل الهبة فيما ينقسم من اثنين عنده ثم قال وكذلك
الصدقة وجه قولهما ان الشيوع حصل في احد طرفي العقد فلم يمنع صحة العقد كما اذا وهب
الاثنان من واحد تحقيقه ان المانع من الصحة هو الشيوع وقد فقد لان قضية هذا العقد
ثبوت الملك لهما دفعة واحدة ثم تفرقه بعد ذلك لتفرق اسبابهما فلا يظهر الشيوع في حكم

العقد كما لو رهن من رجلين او آجر ولابي حنيفة ان الملك في الهبة يقع بالقبض والشيوع موثر
فيه بالاتفاق والمعنى المؤثر في العقد اذا قارن ما يمنع به الملك منع منه كالبيع يقارنه شرط
فاسد ولهذا جاز هبة الاثنين من الواحد لان قبضه في غير مشاع فيوجد سبب الملك بلا المقارنة
فساد بخلاف ما اذا رهن من رجلين لان الدار مرهونة عند كل واحد منهما على سبيل الكمال
لان الرهن حبس ويتصور ان يكون الدار محبوسة عند كل واحد منهما على سبيل الكمال ولهذا
اذا افتك احدهما كانت رهنا بتمامها عند الآخر وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان ثمة يرتفع
معنى الشيوع بالمهاياة بان يسكناها فينتفع كل منهما في النصف بطريق الاصالة وفي النصف
الآخر بطريق النيابة او يسكناها جميعا فيحصل لهما لكل واحد الانتفاع فاما الصدقة على اثنين فقد
اختلف مشايخنا في بيان ذلك قال بعضهم ليس بينها اختلاف الرواية بل يجوز عند ابي حنيفة
رواية واحدة كما ذكره في الجامع الصغير وتاويل ما ذكره في كتاب الهبة اذا كانا غنيين لان
التصدق عليهما هبة منهما اما اذا كانا فقيرين فذلك جايز وهذا تاويل الحاكم الشهيد صاحب
الكافي ويحتاج على هذا التاويل الى الفرق لابي حنيفة بين الهبة والصدقة وفرقه ظاهر
لان الملك في الصدقة يقع اولا لله تعالى والفقير نايب عن الله تعالى في القبض فصار بمنزلة ما لو وهب
لواحد دارا فوكل الموهوب له بالقبض وكيلين فقبضاها جاز لان الموهوب له واحد بخلاف
الهبة لان الملك يقع للاثنين قال صاحب التحفة قيل على قول ابي حنيفة يجوز الصدقة
من الغنيين لانه محل الصدقة التطوع وقال بعض مشايخنا فيها اختلاف الروايتين فعلى
رواية الاصل لا يجوز الصدقة فيما يقسم على اثنين والى هذا الوجه ذهب الطحاوي في مختصره
قال ومن وهب او تصدق بدار على رجلين لم يجز ذلك في قول ابي حنيفة وجاز في قول
ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوي ولكل رواية وجه اما وجه رواية الاصل فهو ان
الملك وان كان يقع لله تعالى وهو واحد لكن يقع في ضمن ملك الفقير والملك للفقير يثبت في المشاع
فلا يتم قبض الفقيرين واذا لم يتم قبض الفقيرين لم يقع الملك لله تعالى في ضمنه بخلاف الوكيلين لان الملك
ابتداء يقع للموهوب له لا للوكيلين والموهوب له واحد واما وجه رواية الجامع الصغير
فقد مر وهو ان المقصود بالتصدق هو الله تعالى وهو واحد وقبض الفقير يقع له فصار
كالموهوب له اذا وكل وكيلين بالقبض وقوله في كتاب ابي حنيفة يعني فيما اذا وهب واحد
من اثنين حيث لا يجوز وبه صرح القدوري في كتاب التقريب قوله ووجه الفرق

على هذه

على هذه الرواية اي وجه الفرق بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة وبين
الصدقة على اثنين حيث جازت على رواية الجامع الصغير قوله وقيل هذا هو الصحيح
اي جواز الصدقة فيما ينقسم على فقيرين هو الصحيح وتاويل المذكور في الاصل التصدق على
غنيين بدليل رواية الجامع الصغير حيث صرح فيه ان التصدق على فقيرين جايز ثم اعلم ان الهبة
الفاسدة مضمونة لا يملكها الموهوب له الا ترى الى ما ذكره في المضاربة الكبيرة لو دفع الف درهم
الى رجل وقال نصفه هبة ونصفه مضاربة لم يجز الهبة لانه مشاع ولو هلك عنده الفا بعض ضمن
خمسماية درهم وفي نوادر ابن رستم عن محمد لو دفع درهمين فقال احدهما لك هبة والآخر يكون
عندك وديعة فضاعا جميعا يضمن درهما وهو في الآخر امين وانما ضمن الدرهم الهبة لانه
اخذه على فساده لان الهبة كانت غير مقسومة وهكذا نقل في الاجناس عن النوادر وقال
الولوالجي في فتاواه رجل معه درهمان قال لرجل اخرك درهم منهما فالمسئلة على وجهين ان
كانا مستويين لا يجوز الهبة وان كانا مختلفين يجوز والفرق ان في الوجه الاول تناولت الهبة
احدهما وهو مجهول وفي الوجه الثاني تناولت قدر درهم منهما وهو مشاع لا يحتمل القسمة
وقال فيها ايضا رجل وهب لرجلين درهما صحيحا تكلموا فيه قال بعضهم لا يجوز لان تنصيف
الدرهم لا يضر فكان مشاعا يحتمل القسمة والصحيح انه يجوز لان الدرهم الصحيح لا يكسر عادة
فكان مشاعا لا يحتمل القسمة قال وهذا يويد ما ذكرنا قبل هذا قوله ولو وهب لرجلين
دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ذكر هذه
المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وهكذا ذكر الخلاف في المبسوط ومختصر الكافي للحاكم بين
محمد وصاحبيه وهكذا ذكر الخلاف في المنظومة والمختلف وقد ذكر القدوري في كتاب تقريب
الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة وكذلك ذكر في اشارات الاسرار ايضا ثم اعلم
ان ابا حنيفة مر على اصله في جواز هبة الدار من اثنين فانها لا يجوز لانها هبة المشاع فكذا
هنا وكذا محمد مر على اصله في هبة الواحد الدار من اثنين لان العقد اقتضى ثبوت الملك لهما
دفعة واحدة فلم يظهر الشيوع وابو يوسف فرق بين المسئلتين فقد جوز ثمة كما قال محمد ولم يجوز
هنا كما قال ابو حنيفة وجه الفرق لابي يوسف انه اذا اطلق الهبة منهما فالعقد لا يتعرض
للتبعيض بخلاف ما اذا فضل احدهما في العقد وقال لهذا ثلثاها ولهذا ثلثها فان التفضيل
في العقد يوجب تفريقا في العقد والعقد متى تفرق اوجب الشيوع لا محالة فمنع من الجواز

بخلاف ما اذا قال وهبت الدار منكما النصف من هذا والنصف من ذاك لان ذلك بيان لحكم العقد
فان الحكم يثبت كذلك فلم يمنع الجواز وفي صورة التفضيل تفسير جعله بيانا لحكم العقد فان حكمه
التنصيف لا التفاضل فاوجب التفضيل شيوعا فمنع الجواز فافترقا وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه فرق ابو يوسف بين الرهن وبين الهبة من اثنين اذا فصل بينهما
بالنصف فقال يجوز الهبة ولا يجوز الرهن والفرق بينهما ان التنصيص في النصف في باب الرهن
بمنزلة التفضيل في باب الهبة لان موجب العقد حالة الاجمال في باب الرهن ان يصير الكل
رهنا من كل واحد منهما لا النصف واذا ذكر النصف فقد غير موجب العقد فكان بمنزلة
التفضيل في الهبة لان التفضيل في الهبة يغير موجب العقد فاما التمييز من حيث النصف
في الهبة تقرير لموجب العقد وليس بتغيير وتقرير ما يقتضيه مطلق العقد لا يمنع صحة
العقد كما في باب الرهن اذا قال على ان يكون الكل رهنا عند كل واحد منهما جاز وقال القدوري
في كتابه المسمى بالتقريب وقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله فيمن قال لرجلين وهبت
منكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها صحت الهبة ولو قال وهبت منك نصف هذه
الدار ومن الآخر نصفها لم يصح الهبة لانه في الاول اوقع العقد صفقة ثم فسر مقتضى الصفقة
من القسمة وفي الثاني فرق احد الايجابين عن الآخر والله اعلم

باب الرجوع في الهبة

قد بينا في اول كتاب الهبة ان حكم الهبة وقوع الملك للموهوب له
ملكا غير لازم وفائدته صحة الرجوع وهذا باب بيان مواضع الرجوع وما يمنع منه
واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان
يعوضه عنها او تزيد زيادة متصلة او يموت احد المتعاقدين او يخرج الموهوب عن ملكه
قال اصحابنا اذا وهب من اجنبي شيئا فلم يعوضه فله حق الرجوع وقال الشافعي ليس له
حق الرجوع واما الوالد اذا وهب لولده شيئا فعندنا ليس له حق الرجوع وعنده له حق
الرجوع وقد اتفقوا انه اذا وهب لزوجته او للفقير ليس له حق الرجوع كذا في الطريقة البرهانية
وقال علاء الدين العالم في طريقته واجمعوا انه لو وهب لزوجته او لذي رحم منه لا يملك
الرجوع الى هنا لفظ الطريقة اراد بذي رحم محرم غير الولد لان في الولد اختلافا وقال ابن
الجلاب المالكي البصري في كتاب التفريع وكل من وهب هبة فليس فيها رجعة الا للوالدين
خاصة فان لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم يتداين او يتزوج فان تداين او تزوج

لم يكن

لم يكن للوالدين في الهبة رجعة فان تغيرت الهبة عند الولد فليس للوالد فيها رجعة وان
باعها الولد واخذ ثمنها لم يكن للوالد الى الثمن فيها سبيل الى هنا لفظ التفريع وقال في وجيز
الشافعية ولا رجوع فيه الا للوالد فيما يهب لولده وفي معناه الوالدة والجد وكل اصل وقيل
انه يختص بالاب وان تصدق الاب عليه لفقره ففي الرجوع خلاف ومهما تلف الموهوب او زال
ملك المتهب زال الرجوع ولا يثبت طلب القيمة الى هنا لفظ الوجيز وقال الخرقي من الحنابلة في مختصره
ولا يحل لواهب ان يرجع في هبته ولا لمهد ان يرجع في هديته وان لم يثب عليها الا الاب وجه
من لم يجوز الرجوع للاجنبي ما روي في شرح الآثار مسندا الى طاوس عن ابن عمر وابن عباس قالا
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد لولده وقد روى
البخاري في صحيحه مسندا الى ابن عباس رضه قال قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد
في هبته كالعائد في قيئه وفي رواية عن ابن عباس قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ليس لنا
مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه ولانه عقد تمليك فينبغي ان يقع لازما كالبيع
وهذا المعنى ترك في الوالد بالنص اولان تمام التمليك كون الولد جزءا منه فثبت له الرجوع ولنا
ما حدث الطحاوي في شرح الآثار قال حدثنا ابراهيم بن مرزوق قال حدثنا مكي بن ابراهيم قال
حدثنا حنظلة عن سالم قال سمعت ابن عمر يقول سمعت عمر بن الخطاب رضه يقول من وهب هبة
فهو احق بها حتى يثاب منها بما يرضى وقال الطحاوي ايضا فيه حدثنا يونس اخبرنا ابن وهب
ان مالكا حدثه عن داود بن الحصين عن ابي غطفان بن طريف المري عن مروان بن الحكم ان عمر بن الخطاب
قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه
انما اراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ان لم يرض منها فهذا عمر رضه جعل في الهبة لذي الرحم
المحرم والصدقة انه لا يرجع وجعل في غيره من الهبات ان يرجع وحدث الطحاوي ايضا فيه عن
سليمان عن عبد الرحمن بن زياد عن شعبة عن جابر الجعفي قال سمعت القسم بن عبد الرحمن عن
عبد الرحمن بن ابزى عن علي قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها وحدث الكرخي في مختصره
قال حدثنا الحضرمي قال حدثنا يحيى قال حدثنا شريك عن جابر عن القسم عن ابن ابزى عن علي رضه
قال الرجل احق بهبته ما لم يثب منها وقال الكرخي ايضا حدثنا الحضرمي قال حدثنا ابن نمير
قال حدثنا حفص عن الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عمر رضه قال من وهب هبة لغير ذي رحم
محرم فله ان يرجع ما لم يثب ومن وهب هبة لذي رحم محرم فليس له ان يرجع وقال الكرخي والى ما روي

عن عمر وعلي ذهب اصحابنا واجازوا الرجوع في الهبة في الحكم اذا كانت لاجنبي ولم يثب منها وكرهوا
ذلك للواهب في الديانة لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العائد في هبته كالعائد
في قيئه وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه وتاويله
عند اصحابنا على الكراهة ليس على التحريم ويدل على صحته تمثيله فعل الكلب ولو كان محرما ما صح تمثيله
بالكلب لان معنى التحريم لا يصح في الكلب ويدل على ذلك ما روي عن عمر وعلي في اجازة الرجوع
للاجنبي فيما وهب ما لم يثب منه ولو كان حراما لما اجازا ذلك والجواب عن قوله عليه الصلاة
والسلام لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد لولده فنقول ليس المراد منه التحريم بل انما
وصف الرجوع بانه لا يحل تغليظا للكراهة اذ لا يكون احد من امته له مثل السوء بدليل ما روينا
عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما اجازا الرجوع وهذا كما روي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام
قال لا تحل الصدقة لذي مرة سوي فلم يكن ذلك على معنى انها تحرم عليه كما تحرم على الاغنياء
ولكنها لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوي الحاجة والزمانة فكذلك هذا على انه لا يحل له ذلك
كما يحل للانبياء التي قد احلها ولم يجعل لنا علها مثل السوء واما استثناء الوالد فتاويله على ان
للوالد ان ياخذ ما وهب لابنه في وقت حاجته الى ذلك وفقره اليه ولا يكون مثله
مثل السوء كمثل الكلب الراجع في قيئه والمعقول في المسئلة ان الهبة عقد قابل للفسخ والنقض
ولهذا ان تقايلا صح بالاتفاق فلما قبل الفسخ وقد فات غرض الواهب وهو العوض المالي
ثبت له حق الفسخ والرجوع الى اصل حقه قياسا على ما اذا اشترى عبدا على انه كاتب فوجده غير
كاتب فان قلت لا نسلم ان الغرض والمقصود من الهبة العوض المالي قلت الدليل على ذلك العرف
والشرع اما العرف فلان المكافات والمجازاة مقصودة في الهبات عادة لان الانسان لا يرضى
ان يزول عنه ماله الذي سبب بقائه الى غيره مجانا واما الشرع فلان النبي صلى الله عليه وسلم
ندب الى ذلك وقد روت عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اولي معروفا
فليكافئ به فان لم يستطع فليذكره فان ذكره فقد شكره وحدث البخاري سنده في الصحيح
الى عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها وروي في
الجامع الترمذي سنده الى ابي هريرة قال قال رسول الله عليه الصلاة والسلام تهادوا فان
الهدية تذهب وحر الصدر امر بالمهاداة وهي ايقاع الهبة من الجانبين فان قلت قد يكون
الغرض من الهبة اظهار السخاء واكتساب المحمدة قلت ذلك مسلم ولكن لا ينافي ذلك ما قلنا

من كون

من كون العوض المالي غرضا لان اظهار السخاء لا ينتفي بمجرد ثبوت حق الرجوع وانما ينتفي
بالرجوع فاذا قصد الرجوع تبين ان غرضه المجازاة لا اظهار السخاء فكان له الفسخ لفوات الغرض
ولان التبرع على نوعين تبرع بالعين كالهبة وتبرع بالمنفعة كالعارية ففي ذلك التبرع يصح الرجوع
فكذا في هذا لان التبرع ينافي اللزوم الا اذا وجد المانع من الرجوع وسنذكر الموانع بعد هذا
ان شاء الله ثم غاية ما في الباب ان يكون الرجوع منهيا عنه ومع هذا لو رجع صح كما انه منهي عن
البيع عند اذان الجمعة فلو عقد صح عقده وكذلك ايقاع الطلاق في الحيض منهي عنه فلو اوقع
فيه صح ايقاعه وتحرم عليه الصلاة في ارض مغصوبة والذبح بسكين مغصوب ولو فعل
صح ذلك قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها فيه
نظر لانه من كلام علي رضي الله عنه لا من كلام النبي وقد مر ذكره قوله والمراد بما روي نفي استبداد
الرجوع واثباته للوالد اي المراد بقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا
الوالد فيما يهب لولده حرمة رجوع غير الوالد في هبته بطريق الاستبداد اي التفرد واثبات
الاستبداد بالرجوع للوالد يعني ان غير الوالد لا يستبد بالرجوع بدون ان ينضم اليه قضاء
القاضي او رضا الموهوب له والوالد يستبد به يعني يجوز له ان يتملك مال ولده اذا احتاج اليه
ويسمى ذلك رجوعا لانه لما تملكه عاد اليه ما وهبه وحدث صاحب السنن باسناده الى عائشة
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا من اموالهم
وفي السنن ايضا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لوالدك ان اولادكم من اطيب
كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وهذا الجواب عن حديث الخصم على طريق التسليم على ان المراد
منه حرمة الرجوع لغير الوالد لكن بطريق الاستبداد ثم استثنى عنه الوالد على معنى ان رجوعه
بالاستبداد لا يحرم والاولى هو المنع بان يقال لا نم ان المراد منه حرمة الرجوع بل نفي حل الرجوع
للتغليظ على الوجه الذي بينا قبل هذا لا للحرمة قوله وهذا للاستقباح اي قوله
عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه للاستقباح والكراهية لا للتحريم
بدليل ما روي في رواية اخرى كالكلب يرجع في قيئه وفعل الكلب لا يوصف بتحليل ولا تحريم
وانما يوصف بالاستقباح والكراهية وقد شبه به فعل الراجع فثبت الكراهة قوله ثم
للرجوع موانع ذكر بعضها فقال ان يعوضه عنها اي ذكر القدوري بعض الموانع في مختصره
فقال فيه الا ان يعوضه وهو استثناء من قوله واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها

قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه الموانع من الرجوع تسعة القرابة المحرمة
للنكاح والزوجية وقت العقد والزيادة المتصلة وموت الواهب وموت الموهوب له
وهلاك الشيء الموهوب وخروجه من ملك الموهوب وحصول العوض والتغيير من جنس الى
جنس اعلم انه اذا وهب لذي رحم غير محرم او لمحرم غير ذي رحم فله الرجوع لما روي عن علي رضي
انه قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها فاما اذا وهب لذي رحم محرم فليس له الرجوع
عندنا خلافا للشافعي في هبة الوالد لولده وقد مر ذلك والاصل فيه ما روينا عن عمر رضي
قبل هذا انه قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ولان
هذه هبة حصل للواهب فيها مقصوده فلا يكون له الرجوع كما في سوى الابن من الاقارب وكما اذا
وهب الابن لابيه وكما لو وهب احد الزوجين لصاحبه وذلك لان المقصود من الهبة لذي
الرحم المحرم صلة الرحم لا العوض المالي ما لم يوجد التنصيص على العوض ولو نص على ذلك وقال
اهبك لصلة الرحم لا ارجع فكذلك هذا لان المقصود قد حصل واما قيام الزوجية فمانع من الرجوع
ايضا عندنا وقال شيخ الاسلام خواهرزاده قال بعض الناس بانه لا يمنع الرجوع لان القياس
ان يكون للواهب الرجوع في القريب والاجنبي الا انه ترك في القريب بالنص وما ثبت بخلاف القياس
لا يقاس عليه غيره ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار وقال حدثنا ابو بكرة قال حدثنا
ابو عمر اخبرنا ابو عوانة عن منصور قال قال ابراهيم اذا وهبت المراة لزوجها او وهب الرجل
لامراته فالهبة جائزة فليس لواحد منهما ان يرجع في هبته وحدث ايضا فيه عن سليمان بن شعيب
ابن سليمان عن ابيه عن محمد بن الحسن عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال الزوج والمراة
بمنزلة ذي الرحم اذا وهب احدهما لصاحبه لم يكن له ان يرجع وقال محمد بن الحسن رح في كتاب
الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال الزوج والمراة بمنزلة القرابة ايهما وهب لصاحبه
فليس له ان يرجع فيه ولان المقصود من هبة احد الزوجين لصاحبه حسن العشرة والتودد
لا العوض المالي وقد حصل المقصود فلا رجوع واما الزيادة المتصلة فمانعة من الرجوع وقال
ابن ابي ليلى لا تمنع الرجوع كذا نقل شيخ الاسلام خواهرزاده مذهبه ونقل في شرح الاقطع
مذهب الشافعي كمذهبه ووجهه القياس على الزيادة المنفصلة ولنا ان الرجوع لو صح فلا
يخلو اما ان يكون مع الزيادة او لا مع الزيادة فلا يجوز الاول لان الزيادة لم تدخل تحت
العقد ولا يجوز الثاني لعدم الامكان فتعين عدم الرجوع فان قالوا الزيادة اذا حدثت قبل القبض

لا تمنع الرجوع فكذا اذا حدثت بعده قلنا اذا حدثت قبله وقع عليها القبض الصادر عن العقد
فدخلت في حكم العقد فجاز الفسخ عليها واذا حدثت بعد العقد لم يقع عليها العقد ولا القبض
الصادر عنه فدخل فظهر الفرق وقياسهم على المنفصلة ضعيف لان المنفصلة يصح نقل الملك
في الاصل دونها فامتناع الفسخ لم يمنع الفسخ في الاصل وفي المتصلة لا يمكن نقل الملك في الاصل
دونها والفسخ متعذر دونها لان العقد لم يتناولها واما موت الواهب فمانع من الرجوع
ايضا لان الثابت له مجرد خيار بين ان يرجع وان لا يرجع ومجرد الخيار يبطل بموت من له
الخيار ولا يورث كخيار الشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق للمشتري في خيار العيب جزء
هو مال وهو الجزء الفائت والمال يورث واذا صار المال ميراثا ثبت الخيار بناء عليه وهنا
المستحق مجرد خيار الواهب فكان كخيار الشرط واما موت الموهوب له فمانع ايضا لانه يزول
عن ملكه الى ملك الورثة لان حق الواهب في الرجوع لا يمنع الانتقال من ملكه الى ملك غيره
فاذا وجد سبب الانتقال كما لو باع او وهب من غيره حال حيوته والانتقال عن ملكه في حالة
الحيوة يمنع الرجوع لان من شرط صحة فسخ العقد قيام المعقود عليه في ملك العاقد كما في البيع
فكذلك هنا واما اذا هلك الموهوب فانه يمنع الرجوع ايضا لان زوال الهبة عن ملك الموهوب
له مانع فهذا اولى لان العين ثمه باقية وهنا لا واما خروجه من ملك الموهوب له فمانع للرجوع
كما مر بيانه عند موت الموهوب له واما حصول العوض فمانع ايضا لما روينا عن علي رضي
انه قال الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي يعوض ولان المقصود من الهبة وهو العوض
المالي قد حصل فلا رجوع وقال اصحابنا ان العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد
فاما اذا عوضه بعد العقد لم يسقط الرجوع لانه غير مستحق على الموهوب له وانما تبرع به
ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتداة وليس كذلك اذا شرط في العقد لانه يوجب ان
يصير حكم العقد حكم البيع وتتعلق به الشفعة ويرد بالعيب فدل ذلك انه قد صار عوضا
عنها وقالوا ايضا يجب ان يعتبر في العوض جميع الشرائط المعتبرة في الهبة من القبض وعدم
الاشاعة لانه هبة كذا في شرح الاقطع وقال في التحفة فاما العوض المتاخر عن العقد
فهو لاسقاط الرجوع ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء وانما يكون الثاني عوضا
عن الاول بالاضافة اليه نصا بان اعطى الواهب شيئا وقال هذا عوض عن هبتك او قد
نحلتك هذا عن هبتك او كافاتك او جازيتك او اثبتك وهذا بدل هبتك او مكان هبتك او

لصدقت بهذا عليك بدلا عن هبتك فان هذا عوض في هذه الوجوه اذا وجد قبض العوض
ويكون العوض هبة يصح بما يصح به الهبة ويبطل بما يبطل به الهبة واما اذا لم يضف الى
الهبة الاولى يكون هبة مبتداة ويثبت حق الرجوع في الهبتين جميعا واما التغير من جنس
الى جنس فمانع من الرجوع ايضا لان هذا التغير يمنع حقيقة الملك اذا وجد من الغاصب
فلان يقطع حق التملك بالطريق الاولى **قوله** فاذا مات احد المتعاقدين اي قال القدوري
في مختصره وذلك لانه اذا مات الموهوب له انتقلت الهبة الى ملك الوارث والانتقال عن
ملكه مانع للرجوع كما اذا انتقلت في حالة الحياة بسبب من اسباب الملك واذا مات الواهب فليس
لوارثه الرجوع لانه اجنبي عن العقد وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** او يخرج الموهوب
عن ملكه اي قال القدوري في مختصره وذلك لان اختلاف الملكين كاختلاف العين بدليل
قصة بريرة وهي ما روى صاحب السنن باسناده الى قتادة عن انس رضه ان النبي صلى الله
عليه وسلم اتي بلحم قال ما هذا قالوا شيء تصدق به على بريرة قال هو لها صدقة ولنا هدية
فلما كان كذلك قلنا كما لا يجوز ان يرجع في غير العين التي وهبها فكذلك لا يجوز ان يرجع في غير
الملك الذي اوجبه ولان قيام المعقود عليه في ملكه انما تشترط لصحة الفسخ كما في البيع **قوله**
قال فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان
ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضه في رجل وهب لرجل ارضا بيضاء فانبت الموهوب له بعد ما قبضها في
ناحية منها نخلة فنبتت او بنى في ناحية منها بيتا قال ليس للواهب ان يرجع في شيء منها وكذلك
لو بنى اريا او دكانا فكان ذلك زيادة فيها لم يرجع في شيء منها وهذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
والاصل هنا ان الزيادة المتصلة تمنع الرجوع عندنا وذلك لانها حصلت بتسليط من
الواهب فملكها الموهوب له فامتنع الرجوع فيها لانها ليست ملك الواهب فلما امتنع الرجوع
فيها امتنع في الاصل ايضا لان الفصل غير ممكن ثم الشجر والبناء يعد زيادة في الكل بدليل
ازدياد مالية الكل وكذلك الدكان والاري قالوا هذا اذا كان الدكان كبيرا يعد زيادة فاما
اذا كان صغيرا لا يعد زيادة فلا يمنع الرجوع وهذا معنى قوله وكان ذلك زيادة فيها ولو كانت الارض
عظيمة لا يعد زيادة في الكل لاجل تلك القطعة كان له ان يرجع في غيرها كذا قالوا في شروح الجامع
الصغير وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولو كانت الهبة دارا او ارضا فبنى فيها بناء او غرس

فيها غرسا او كانت جارية صغيرة فازدادت خيرا او كان غلاما فصار رجلا فلا رجوع له في شيء من
ذلك والبناء في بعض الارض كالبناء في كله وذلك لان الزيادة المتصلة تمنع من الرجوع قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا اذا كانت الارض صغيرة يزيدها
الغرس فاما اذا كانت كبيرة وغرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في ذلك المكان الذي غرس فيه
الاشجار لان الزيادة القائمة به لا يوجب زيادة في الباقي فيكون وضع مسئلة الكتاب في الارض
الصغيرة قال وان كانت الهبة دارا فانهدم البناء كان له ان يرجع في الباقي لان هذا نقصان في الهبة
والنقصان لا يمنع الرجوع وكذلك اذا استهلك بعض الهبة ببيع او غيره ينقطع حق الرجوع في المستهلك
ويبقى في القائم لما بينا قال وان كانت الهبة ثوبا فصبغه احمر او اصفر او احمر او خاطه
انقطع حق الرجوع لان هذه زيادة متصلة وان قطعه ولم يخطه كان له ان يرجع فيه لان القطع
يوجب نقصانا في الثوب والنقصان لا يمنع الرجوع وقال ايضا في الكافي رجل وهب لرجل ارضا
فبنى فيها الموهوب له بناء ثم اراد الواهب الرجوع فخاصمه الى القاضي فقال له القاضي ليس
لك ان ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له كان للواهب ان يرجع فيها قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي يريد به ان قول القاضي لم يقع قضاء حتى لا ينقض وانما وقع فتوى منا على مانع
فاذا زال المانع تغير الحكم **قوله** قال واذا باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي اي قال في الجامع
الصغير يعني اذا باع الموهوب له نصف الارض التي هي هبة غير مقسوم رجع الواهب فيما بقي لان
المانع من الرجوع وجد في البعض فيمتنع بقدره وان كان لم يبع شيئا منها اصلا كان له الرجوع في النصف
ايضا لانه لما ثبت له حق الرجوع في الكل كان له الرجوع في البعض بالطريق الاولى **قوله** قال وان
وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ما روينا
قبل هذا عن عمر رضه قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ولان
المقصود قد حصل وهو صلة الرحم فلا رجوع وفي هبة الوالد لولده خلاف الشافعي وقد
بينا ذلك وتمسكه بالحديث وجوابه عند قوله وان وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها
قوله وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر هذا لفظ القدوري في مختصره اي لا رجوع
فيما وهب احدهما لصاحبه لما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم في كتاب الاثار قال الزوج والمرأة
بمنزلة القرابة ايهما وهب لصاحبه فليس له ان يرجع فيه ولان بينهما وصلة يجب استدامتها
فيقع الهبة لاستدامة الوصلة كالهبة من القريب فلا يثبت حق الرجوع فيها قال شيخ الاسلام

علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وعن ابراهيم في الرجل يهب لامرأته او لبعض ولده وقد
ادرك وهو في عياله ان ذلك جايز اذا اعلمه وان لم يقبض ولا نعقد له بل يشترط القبض وعند
ابن ابي ليلى اذا كان الابن الكبير في عياله صار اعلامه بمنزلة القبض كما لو وهب لابنه الصغير ولنا
ان الكبير له يد على ماله ونفسه فلم يقع في يده لابعد قابضا والقبض شرط في الهبة بالحديث
بخلاف يد الصغير لان يده قاصرة فاقام الشرع يد الاب مقام يده فاكتفى بالاعلام ثمة
لا ههنا وكذلك الزوجة يشترط قبضها لان لها يدا معتبرة وقال في شرح الكافي رجل وهب
لامرأة هبة ثم تزوجها فليس له ان يرجع فيها لانه لم يقع مجازاة ولا صلة حالة الهبة وان وهب
لها هبة ثم ابانها لم يكن له ان يرجع فيها لانه حصل المقصود بهذه الهبة وهو تحقيق الصلة حال
وقوعها فبطل حق الرجوع **قوله** قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن
هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع اي قال القدوري
في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا وهب رجل لرجل شيئا فعوضه الموهوب له
من هبته فقال هذا عوض من هبتك او قال نحلتك هذا عن هبتك او كافاتك او جازيتك
او اثبتك او هذا بدل هبتك او مكان هبتك او قال تصدقت عليك بهذا بدلا من هبتك او
نحلته او اعمره فقال هذا عوض من هبتك فان هذا عوض في هذه الوجوه كلها اذا سلمه العوض
وقبض صح والعوض هبة يصح بما يصح به الهبة ويبطل بما يبطل الهبة عند اصحابنا الى
هنا لفظ الكرخي رح وذلك لان هذه الالفاظ كلها تدل على المكافاة فحصل مقصود الواهب
فانقطع الرجوع وكذلك لا يجوز للموهوب له ان يرجع في العوض لانه حصل له مقصوده من
العوض وهو تاكد ملكه في الهبة بسقوط حق الرجوع للواهب فلم يجز رجوع الواهب بعد حصول
مقصوده من الهبة لم يجز رجوع الموهوب له ايضا بعد حصول مقصوده من العوض **قوله**
وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع هذا لفظ
القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره لو عوض رجل اجنبي عن الموهوب
له الواهب عن هبته وقبض العوض لم يكن للواهب ان يرجع في هبته سواء عوضه بامر الموهوب
له او بغير امره ولا للمعوض ايضا ان يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له وقال
شمس الائمة البيهقي في الكفاية ولا يرجع على الموهوب له الا اذا قال عوض عني على اني ضامن
اعلم ان الاجنبي اذا عوض وقبضه الواهب لا يصح الرجوع اصلا اما رجوع الواهب فلانه

حصل مقصوده ولان العوض لاسقاط الحق فصح اشتراطه على الاجنبي كبدل الخلع والصلح
عن انكار والصلح عن عيب في المبيع واما رجوع المعوض على شريكه او على الموهوب له فلانه
متبرع باسقاط الحق الا اذا قال شريكه على اني ضامن اما اذا كان بغير اذنه فظاهر وكذا
اذا كان باذنه لان التعويض ليس بواجب عليه لانه مخير بين ان يعوضه وبين ان يرد الهبة
عليه فصار كما لو امره بالتبرع على انسان فتبرع لم يكن له حق الرجوع عليه كذلك ههنا بخلاف
ما اذا امره بقضاء الدين لان قضاء الدين واجب عليه فاذا خلصه عن هذه العهدة بامره
ثبت له حق الرجوع والفقه فيه ان بالامر بقضاء الدين صار مستقرضا ذلك القدر منه
وموكلا اياه بالصرف الى غريمه لانه لو لم يجعل كذلك لم يتصور فراغ ذمته مما عليه لان الذمة
لا تفرغ الا بالقضاء ولا يقع الفعل قضاء الا اذا انتقل المؤدى الى من عليه الدين اولا حتى
اذا قبض رب الدين وجب للمديون عليه مثل ما له عليه فيلتقيان قصاصا وهذا لا يحتاج
اليه في الهبة لانه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج الى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا
من هذا الوجه والحاصل ان تعويض الاجنبي على ثلثة اوجه فان لم يكن بامره ولكن لم يوجد شرط
الضمان فلا رجوع وان كان بامره ووجد شرط الضمان ثبت له الرجوع على الموهوب له كما في الامر
بهبة مبتداة اذا وجد شرط الضمان **قوله** واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان استحق نصف العوض لم يرجع بنصف الهبة
الا ان يرد ما بقي من العوض ثم حينئذ يرجع اعلم ان الاستحقاق اما ان وقع على الهبة او على
العوض وكل وجه على وجهين اما ان وقع على الجميع او على النصف فان استحق جميع العوض كان
للواهب ان يرجع فيما وهب لان الهبة بقيت بلا عوض فصار كان لم يكن عوضه اصلا وان
استحق جميع الهبة كان للموهوب له ان يرجع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض
وهو تاكد ملكه في الهبة هذا اذا كان بدل المستحق قايما فان كان هالكا يفترق الجواب
بين استحقاق العوض والهبة هالكة لا يرجع على الموهوب له اصلا لان هلاك الهبة مانع
من الرجوع وان استحق الهبة والعوض هالك يرجع على الواهب بقيمة العوض ان لم يكن
له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تاكد ملكه في الهبة لانه
قال حين عوضه هذا عوض هبتك او بدل هبتك فصار كالواهب اذا اتفق على العوض حالة
الهبة الى هذا اشار شيخ الاسلام خواهر زاده في تفريعه بسط فاما اذا استحق النصف

من احدهما فاذا استحق نصف الهبة كان للموهوب له ان يرجع على الواهب بنصف العوض لانه لم
يسلم له مقصوده من العوض في هذا القدر وهذا باتفاق اصحابنا فاما اذا استحق نصف العوض
من يد الواهب ففيه اختلاف قال علماؤنا الثلثة الواهب بالخيار ان شاء رد ما بقي من
العوض ورجع بجميع الهبة وان شاء امسك ما بقي ولم يكن له ان يرجع على الموهوب له بشيء وقال
زفر يرجع على الموهوب له بنصف الهبة ويمسك ما بقي من العوض قول زفر انه ثبت بالتعويض
معاوضة بين الهبة والعوض ثم اذا استحق جزء من الهبة يرجع بقدر ذلك من العوض على
الواهب فكذا اذا استحق جزء من العوض ينبغي ان يرجع على الموهوب له بقدر ذلك كما لو استحق
جزء من العوض المشروط رجع بباقي مقابلته فكذلك هنا ولنا انه لما ظهر الاستحقاق
في بعض العوض تبين ان العوض لم يكن الا هذا القدر وقليل العوض وكثيره سواء لان المماثلة
والمجانسة بين العوض والهبة ليست بشرط فصار كان العوض لم يكن الا هذا القدر من الابتداء
فلا يرجع بشيء في مقابلة المستحق الا ان للواهب الخيار في ان يرد الباقي ويرجع في الهبة لان
الموهوب له غره حين عوضه لاسقاط الرجوع بشيء لم يتمحض يسلم له وليس كذلك اذا استحق
جزء من الهبة حيث يرجع بقدر ذلك من العوض لانه لما اعطاه ذلك ليسلم له جميع الهبة
ولم يسلم فيرجع بقدر الفائت ولا يلزم علينا اذا شرط العوض في العقد لان كل واحد منهما ملك
بمقابلة الاخر فلا جرم يوجب استحقاق جزء من احدهما الرجوع بعوضه **قوله** قال
وان وهب دارا فعوضه عن نصفها رجع في النصف الذي لم يعوضه اي قال في الجامع وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وهب لرجل دارا وقبضها الموهوب له فعوضه
من نصفها عبدا وقبضه فاراد الواهب ان يرجع في نصف الدار الذي لم يعوض منه قال له
ان يرجع في ذلك الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وذلك لان الرجوع ثابت للواهب في كل جزء
من اجزاء الموهوب فانما المانع منه العوض فاذا وجد المانع في البعض سقط الرجوع فيه
دون غيره كما لو وهب عبدين فعوضه عن احدهما **قوله** قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او
بحكم الحاكم اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
مختصر الكافي وليس للواهب ان يرجع في هبته عند غير قاض لان العقد انعقد بتراضيهما فلا
ينفرد بالفسخ لعدم ولايته وانما يثبت الولاية للقاضي فاذا فسخه انفسخ الا ان تراضيا
على الفسخ فيكون بتراضيهما وان كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له او اعتقه قبل ان يقضي

القاضي

القاضي للواهب جاز ما صنع لان الملك ثابت له فيتسلط به على هذه التصرفات ولا يجوز شيء من
ذلك ان فعله بعد ما قضى القاضي عليه بالرد وقبل ان يرد لان الهبة قد انتقضت بفسخ القاضي
فزال الملك عن الموهوب له الى الواهب فلم ينفذ تصرفه بعد ذلك وان مات في يد الموهوب له بعد
ما قضى القاضي بنقض الهبة قبل الرد لم يضمن لان يده ليست بيد ضمان ولم يحدث معنى يصير به
اليد يد ضمان حتى لو منعه من القبض فهلكت في يده قلنا بوجوب الضمان عليه الى هنا لفظ
شيخ الاسلام المذكور اعلم ان الرجل اذا وهب لغير ذي رحم محرم منه كان له ان يرجع فيها ما دامت
الهبة قائمة بعينها في ملك الموهوب له ولم تزد ولم يعوضه عندنا خلافا للشافعي واذا
ثبت له حق الرجوع فلا يصح رجوعه الا بقضاء او تراض ولكن ما المعنى في ذلك تكلم المشايخ فيه
وجملة الامر الكلام فيه ما قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه
فقال من مشايخنا من قال انما لم يكن للواهب ان يرجع من غير قضاء ولا رضا من الموهوب له
لان رجوع الواهب في الهبة مختلف فيه عندنا يرجع وعند الشافعي لا يرجع فضعف حقه
في الرجوع بسبب الاختلاف فلم يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة
لها اثر في ايجاب الفسخ ليتقوى به فيفيد حكمه كالهبة لما ضعف بسبب التبرع لم يفد حكمه
وهو ايجاب الملك ما لم ينضم اليها قرينة لها اثر في ايجاب الملك حتى يتقوى به وهو القبض
فكذلك هذا ولكن قالوا هذا ينتقض بالامة اذا كانت تحت حر فعتقت كان لها ان تختار نفسها
من غير قضاء ولا رضا وقد اختلفوا في ثبوت الخيار لها في هذه الحالة فان عندنا لها الخيار
وعند الشافعي لا خيار لها ثم لم يحتج هذا الخيار الى قرينة اخرى ليعمل هذا الخيار عمله في ايجاب
الفسخ على قولنا وكذلك اذا تصدق على فقير فقبل التسليم اليه اذا رجع صح رجوعه من غير
قضاء ولا رضا على قول من يقول بثبوت حق الرجوع له وثبوت حق الرجوع في هذه الحالة
مختلف وهذا لان القضاء في المجتهد انما يشترط ليثبت بالاتفاق ما لم يثبت حكمه على قول من يقول
بصحته من مشايخنا من قال انما لم يكن للواهب ان يرجع في الهبة من غير قضاء ولا رضا
لان الموهوب له ملك الهبة بالقبض رقبة وتصرفا والملك متى ثبت لاحد المتعاقدين رقبة
وتصرفا وثبت للاخر حق الفسخ لفوات مقصود من مقاصد العقد لا يثبت الفسخ من
غير قضاء ولا رضا كما في الرد بالعيب بعد القبض بخلاف من له خيار الرؤية حيث ينفرد بالفسخ
بعد القبض وان ملك بالقبض رقبة وتصرفا لانا احترزنا عنه بقولنا وثبت للاخر حق الفسخ

لفوات مقصود من مقاصد العقد لا يثبت الفسخ من غير قضاء ولا رضا كما في الرد بالعيب بخلاف
من له خيار الرؤية حيث ينفرد بالفسخ بعد القبض وان ملك بالقبض رقبة وتصرفا فالفوات
مقصود من مقاصد العقد لان خيار الرؤية ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد بدليل
انه كان له حق الفسخ وان سلم له جميع المقاصد من سلامة المبيع فكان بمنزلة من له خيار الشرط
ينفرد بالفسخ لانه لم يثبت له هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد فانه مع سلامة جميع
المقاصد ثبت له حق الفسخ بخيار الشرط فاما حق الرجوع للواهب فانما ثبت لفوات مقصود
من مقاصد هذا العقد وهو العوض بعد ما ثبت الملك للموهوب له رقبة وتصرفا فكان بمنزلة
خيار العيب للمشتري بعد القبض ومنهم من قال بان الواهب في الرجوع مستوف بدل حقه
بعد وقوع الملك للموهوب له رقبة وتصرفا لا عين حقه واستيفاء بدل الحق من حيث الفسخ
بعد ما تم الملك للعاقد رقبة وتصرفا لا يكون الا بقضاء او رضا كما في الرد بالعيب وانما قلنا
انه مستوف بدل حقه لان حق الواهب في العوض الا ان الشرع نقل حقه من العوض الى الفسخ
متى لم يحصل له العوض من جهة الموهوب له حتى يصل الى راس ماله كما جعل للمشتري حق الفسخ
بالرد بالعيب متى لم يحصل له مقصوده وهو سلامة المبيع عن العيب ليصل الى راس ماله
فكان المشتري بالفسخ مستوفيا بدل حقه لا عين حقه فكذلك الواهب واستيفاء بدل الحق
لا يصح الا بقضاء او رضا كصاحب الدين اذا اراد ان ياخذ دينه من جنس آخر من مال المديون
لا يملك الا بقضاء او رضا فكذلك هذا بخلاف خيار الرؤية وخيار الشرط فان من له الخيار
ينفرد بالفسخ من غير قضاء ولا رضا لانه بالفسخ مستوف عين حقه لا بدل حقه لانه لم يثبت
هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد فانه تثبت له الخيار مع سلامة جميع المقاصد
واذا لم يكن مشروعا بدلا عن فوات مقصود من مقاصد العقد كان العقد استيفاء عين الحق
لا بدل الحق واستيفاء عين الحق صحيح من غير قضاء ولا رضا كصاحب الدين اذا استوفى
جنس حقه من الدين يصح من غير قضاء ولا رضا والباقي يعلم في مبسوط خواهر زاده
قوله وفي اصله وهاء هكذا وقع استعمال الفقهاء ولكنه ليس بصحيح قال صاحب
المغرب الوهاء بالمد خطاء والصواب الوهي والضمير في اصله راجع الى الرجوع **قوله** وفي
حصول المقصود خفاء يعني ان كان مقصود الواهب من الهبة التودد والتحبب فلا رجوع
لحصول المقصود وان كان مقصوده العوض المالي فله رجوع لعدم المقصود وفي الحصول

خفاء

خفاء فلا بد من القضاء او الرضا **قوله** فيظهر اي الفسخ **قوله** بخلاف العيب بالرد يتصل بقوله
فان رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل يعني ان الرجوع فسخ من الاصل والرد
بالعيب ليس بفسخ من الاصل لان حق المشتري في سلامة المبيع فاذا لم يسلم فحينئذ يثبت له
حق الفسخ وفائدته ان المبيع اذا رد بعد القبض بقضاء القاضي يرد البايع على بائعه وان كان
بغير قضاء لا يرد على بائعه وفي الهبة اذا رد على الواهب بقضاء او بغير قضاء يرد البايع بالعيب
على بائعه الا ترى الى ما ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي في كتاب البيوع من مختصره في باب ما يمنع الرجوع
بالارث واذا اخرج المشتري السلعة من ملكه ثم فسخ الملك فيه بعيب بقضاء قاض او بغير قضاء
قاض قبل القبض كان المشتري في ذلك بمنزلة من لم يبع وان كان بعد القبض كان كذلك اذا كان
بقضاء ولا يرد اذا كان بغير قضاء ولا يرجع بارش ايضا وان ردت بخيار رؤية او خيار
المشتري قبل القبض او بعد القبض عاد الامر اليه المشتري كانه لم يخرج ذلك عن ملكه وكذلك
ان وهب ثم رجع فيه بقضاء او بغير قضاء وهي الرواية المشهورة الى هنا لفظ الكرخي
وذلك لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل وبعد القبض اذا كان بغير قضاء
فهو فسخ في حقهما وعقد جديد في حق ثالث والفقه فيه ان قبل القبض له ان يمتنع من القبض
فكان هذا التصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره في حق الكل ولهذا
لا يتوقف على قضاء القاضي فاما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى في المقبوض الا ان حقه
في صفة السلامة قائم فاذا لم يسلم ثبت له حق الفسخ فجاء من هذا ان حق الفسخ في باب العيب ما ثبت
اصلا لان الصفقة تمت وتناهت بالقبض وانما ثبت لغيره وهو استدراك الحق في صفة السلامة
فان حصل الفسخ بقضاء القاضي ظهر اثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة وان كان بتراضيهما
ظهر اثر الفسخ في حقهما خاصة وهذا بخلاف الرد بخيار الرؤية وخيار الشرط فانه يكون فسخا
في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت اصلا لان الجهالة بالوصف حال عدم الرؤية سلبت وصف اللزوم
عن العقد وابتت له حق الفسخ وكذلك خيار الشرط واذا كان الخيار حقا له كان بالفسخ مستوفيا
ما كان حقا له وولاية استيفاء الحق يثبت على سبيل العموم ولهذا لا يتوقف على قضاء القاضي
فاذا ثبت هذا نقول اذا رد قبل القبض كان له ان يرد على البايع فان كان بعد القبض بقضاء
فهو كذلك وبغير قضاء لم يرده ولم يرجع بالنقصان وان رد عليه بخيار رؤية او شرط
رد على البايع وان وهبها وسلم ثم رجع في الهبة بقضاء او بغير قضاء فله ان يرده الان

الرجوع في الهبة عندنا فسخ بكل حال قضاء ورضا كالفسخ بخيار الشرط وعند زفر يختلف الحكم
بالقضاء وغير القضاء كذا في الايضاح وغيره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي رجل وهب لرجل هبة وقبضها الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لآخر وسلمها
اليه ثم رجع فيها او ردها عليه الآخر فللواهب الاول ان يرجع فيها وقال زفر ان كان الرجوع
بقضاء القاضي كان للاول ان يرجع فيها وان كان بغير قضاء لم يكن له حق الرجوع وقال
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وكذلك ان كان الواهب اشترى من غيره ورجع
فيها برضا الموهوب له ثم وجد به عيبا كان عند البايع فانه يرد على بايعه عندنا وعند زفر
لا يعود وجه قول زفر ان الرجوع في الهبة فسخ يتوقف على القضاء او الرضا فتعتبر
عقدا جديدا في حق الثالث كالرد بخيار العيب بخلاف الرد بخيار الرؤية وخيار
الشرط فانه فسخ لانه لا يتوقف على القضاء او الرضا ولنا ان الواهب بالرجوع يستوفي
بدل حقه من وجه وعين حقه من وجه اما الاول فباعتبار النظر الى مقصود الواهب
من هبته للاجنبي وهو العوض المالي فصار الفسخ بدلا عنه واما الثاني فلان العوض
ليس بمنصوص عليه في العقد ولا هو ثابت بمقتضى العقد لان الهبة للتمليك بغير اقتضاء
عوض فكيف يقتضي العوض ولهذا لم يكن له المطالبة بالعوض فاعتبرنا الفسخ بدل الحق
في حق الواهب لا عين الحق حتى لم يملك الرجوع الا بالقضاء او الرضا كما في الرد بالعيب بعد
القبض وعين الحق في الثالث لا بدل الحق كما في خيار الشرط وخيار الرؤية عملا بالدليلين
بقدر الامكان ولما كان الرجوع فسخا في حق الثالث كان الرجوع بالقضاء او الرضا
سواء لانه ثبت الفسخ في حق الثالث وانما اظهرنا شبه عين الحق في حق الثالث عملا بالشبهين
لانا لو اعتبرنا شبه البدل في حق الثالث يكون العوض حق الواهب باعتبار مقصوده
ولا وقوف للثالث على مقصوده فكان اعتباره في حق الثالث الواهب اولى لانه واقف
على مقصوده فيتعذر العمل بالشبهين حينئذ فلا جرم اظهرنا شبه البدل في حق الواهب
لانه اعلم بمقصوده وشبه عين الحق في حق الثالث لان التنصيص لم يرد على العوض وذلك
امر ظاهر يقف عليه الثالث الى هذا اشار خواهر زاده في مبسوطه ولكن في تقريره طول
حاصله هذا قوله فافترقا اي افترق الرجوع في الهبة بالتراضي والرد بالعيب
بعد القبض بالتراضي لان الرجوع فسخ من الاصل والرد بالعيب ليس بفسخ من الاصل لان

سلامة

سلامة المبيع هو الاصل فاذا لم يسلم ثبت حق الفسخ قوله قال واذا تلفت العين الموهوبة
واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء اي قال القدوري في مختصره
وهذا اذا لم يعوضه فاذا كان له عوض رجع بكل العوض اذا استحق جميع الهبة وبقدر المستحق
من الهبة اذا استحق البعض وقد مر بيانه وانما لم يكن له الرجوع فيما اذا لم يعوضه لان الهبة
تبرع والضمان ينافيه ولان الرجوع انما يثبت اذا الغرور والغرور انما يثبت في عقد فيه بدل
كالبيع او قبض يقع للدافع كالوديعة او في الامر بالتصرف في شيء يضيفه الى نفسه مثل ان يقول
اهدم هذا الحائط فانه لي ولم يوجد شيء من ذلك فلم يثبت له الرجوع كذا في شرح الاقطع وقال
الاسترو شني في الفصل السابع من فصوله والمستعير اذا هلكت العارية في يده ثم استحقها رجل
بالبينة وضمنه قيمتها لا يرجع على المعير بما ضمن ولو هلكت الدابة في يد المرتهن او المودع
او المستاجر ثم استحقها رجل بالبينة واخذ القيمة منه كان له ان يرجع على الراهن او المودع
او المؤجر ثم قال في الفصول ورايت في مختصر العصام ولو وهب ما غصب او باع او تصدق او
آجر او رهن او اودع او اعار فهلك ضمنوا قيمته ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه والمستعير
بما ضمنوا على الغاصب ويرجع المستاجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه ويرجع المشتري بالثمن
عليه ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب قوله والغرور في ضمن عقد
المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره فيه نظر لان المودع يرجع مع ان عقد المعاوضة لم يوجد
وكذا في صورة هدم الحائط وقد مر ذلك آنفا قوله قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر
التقابض في العوضين اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان تقابضا صح العقد وصار
في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
واذا كانت الهبة على شرط عوض فقال اهب لك هذا العبد على ان تعوضني هذا الثوب جاز ذلك
ولكل واحد منهما ان يرجع في سلعته ما لم يوجد القبض في السلعتين جميعا فان قبض احدهما
لم يقبض الآخر فكذلك لكل واحد منهما ان يرجع القابض منهما وغير القابض في ذلك سواء حتى يتقابضا
جميعا فاذا تقابضا جميعا كان ذلك بمنزلة البيع ولكل واحد منهما ان يرد بالعيب ويأخذ ما اعطى
فان استحق احدهما رجع الذي استحق عليه على صاحبه بما قبض صاحبه منه وان كان مستهلكا
ضمنه وان كانت الهبة دارا والعوض دارا كان للشفيع الشفعة في كل دار بقيمة البدل الذي شرط
عنها الى هنا لفظ الكرخي رح وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم

الشهيد رجل وهب لرجل عبدا على ان يعوضه ثوبا واتفقا على ذلك فلم يتقبض واحد منهما حتى
امتنع احدهما منه فله ذلك وهذا عندنا خلافا لزفر لان الهبة بشرط العوض معاوضة ابتداء
وانتهاء عنده فصار كما لو قال وهبتك هذا بهذا العوض واحد قولي الشافعي كقول زفر وكذا
في شرح الاقطع وينبغي لك ان تعرف ان الخلاف فيما اذا وهب كذا على ان يعوضه كذا اما اذا وهب
كذا بهذا العوض فهو بيع بالاتفاق والحاصل ان الهبة بشرط العوض عند علمائنا تبرع ابتداء
بيع انتهاء اعني اذا اتصل التقبض بالبدلين وعند زفر ينعقد بيعا من الابتداء حتى يثبت الملك
قبل التقبض ويجب الشفعة ولا يرجع واحد منهما قبل التسليم ويثبت خيار الرؤية والرد
بالعيب قبل التقبض ويجوز في مشاع يحتمل القسمة وعندنا لا يثبت شيء من هذه الاحكام قبل
التقبض وجه قول زفر ان الهبة بشرط العوض تبرع لفظا معاوضة معنى والجمع بين التبرع والمعاوضة
متعذر للتنافي بينهما فكان اعتبار المعنى اولى لان الاعتبار في العقود للمعاني ولهذا كانت
الهبة المضافة الى الحرة نكاحا اعتبارا للمعنى وان كان اللفظ لفظ التبرع وكذا اذا قال
وهبتك منافع داري كل شهر بدرهم او قال اعرتك داري كل شهر بدرهم ينعقد اجارة عملا
بالمعنى وسقط اعتبار اللفظ وكذا اذا باع نفس العبد منه كان اعتاقا لا بيعا عملا بالمعنى
ولنا ان الهبة بشرط العوض لما كانت تبرعا لفظا معاوضة معنى جعلناها تبرعا ابتداء
معاوضة فيها لان العمل بهما في الحالين ممكن ليس يتعذر لكالاقالة لما كانت فسخا لفظا ومعاوضة
ومعنى جعلت فسخا في حق العاقدين عقدا جديدا في حق غيرهما حتى كان للشفيع الشفعة فكذا
هنا يراعى جميع احكام التبرع قبل قبض البدلين عملا باللفظ ويراعى جميع احكام البيع بعده
عملا بالمعنى بخلاف الهبة المضافة الى الحرة لان العمل باللفظ ليس بممكن لان محل الهبة مال عين
والحرة ليست بمال فكان المراد منه النكاح مجازا وبخلاف هبة منافع الدار بكذا لان العمل باللفظ
ليس بممكن لان محل الهبة مال عين لا منافع واما مسألة العارية ففيها مسلمة كذا قال شيخ الاسلام
خواهرزاده لانها تنعقد تبرعا ابتداء ثم تصير معاوضة عند التقابض لان العارية اضيفت
الى محلها فوجب اعتبار اللفظ والمعنى جميعا وبخلاف بيع العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار
اللفظ لانه ليس باهل الملك فاعتبر المعنى هذا الذي قلنا من ثبوت الشفعة للشفيع فيما اذا
كانت الهبة بشرط العوض اما اذا كانت بغير شرط العوض ثم عوض الموهوب له فلا شفعة
لان اصل الدار ملك قبل التعويض والعوض يثبت به تأكد الملك نص على ذلك في الاصل قوله

مسائل

٥٧

مسائل هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى تذكر في اخر الكتب فلاجل هذا ذكرها في اخر كتاب الهبة
في فصل على حدة قوله قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء
اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه
وما لا فلا والحمل لا يجوز هبته لاحتماله فلم يجز استثناؤه وتقدم الاصل في اول كتاب البيوع عند
قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة ومر في باب البيع الفاسد ايضا عند قوله
ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع فاذا كان كذلك كان الاستثناء شرطا فاسدا فبطل الشرط
وصحت الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم ابطل
شرط العمرى وجوز الهبة وانما لم يجز هبة ما في البطن لان محل الهبة مال قائم مملوك للواهب وقت
العقد وفي قيام الولد وماليته شك وقت الهبة لاحتمال الانتفاخ من الريح واحتمال كون الجنين
ميتا فوقع الشك في الوجود والمالية فلا يكون محلا للهبة بالشك بخلاف الوصية بما في بطن الجارية
او الخلع عليه فانه يجوز اذا ولدت لاقل من ستة اشهر بخلاف لان الوصية بالمعدوم من كل وجه
جائز كما اذا اوصى بما يثمر نخيله العام ففي المعدوم من وجه دون وجه اولى لان ما في البطن
يحتمل الوجود والمالية بل الظاهر الوجود والهبة لا يجوز اضافتها الى المعدوم وقت العقد
كما اذا وهب ما يثمر نخيله العام والخلع يجوز اضافته الى المعدوم كما اذا قال خالعني على ما في يدي
وليس في يده شيء ويجوز اضافته الى ما ليس بمال ايضا كالميتة والخمر والخنزير الا انه يقع مجانا واذا
جاز اضافته الى المعدوم والى ما ليس بمال جاز اضافته الى ما يحتمل الوجود والمالية بالطريق
الاولى والهبة لا تصح اضافتها الى معدوم بيقين والى ما ليس بمال بيقين فكذا اذا وقع الشك
في وجود المحل وماليته وقت العقد كالبيع ثم لما في البطن في العقد على ما قال في باب العتق
من شرح الطحاوي مراتب ثلثة في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز
والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء جائز اما الوجه الذي فيه العقد فاسد
والاستثناء فاسد فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط
الفاسدة واستثناء ما في البطن بمنزلة الشرط الفاسد واما الوجه الذي يجوز العقد ويبطل
الاستثناء فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا تبطلها
الشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل في العقد الام والولد جميعا وكذلك
العتق اذا اعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء واما الوجه الذي يجوز

كلاهما الوصية اذا اوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية اخت الميراث
وقد جعل الجارية وصية وما في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وليس هذا كما اذا اوصى بجارية
لرجل واستثنى خدمتها او غلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل لان الخدمة والغلة
لا يجري فيهما الميراث دون الاصل الا ترى انه لو اوصى بخدمتها وغلتها لانسان ثم مات الموصى له
بعدما صحت الوصية فانهما تعودان الى ورثة الموصي فلا يكون الخدمة والغلة موروثة عن
الموصى له ولو اوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يكون موروثا عن الموصى
له واذا اوصى برقبتها لانسان وبما في بطنها لاخر فمات الموصى له بالولد كان الملك الى وارثه ولو
اوصى برقبتها لانسان وبغلتها وخدمتها لاخر فمات الموصى له بالغلة عاد الملك الى صاحب الرقبة
دون ورثة الموصى له بالغلة والخدمة وكذلك لو ان الموصى له بالغلة والخدمة مات قبل موت
الموصي او رد وصيته وقد اوصى الموصي برقبتها لاخر فان الغلة تعود الى الموصى له بالرقبة
ولا تكون لورثة الموصى له ومثله لو ان الموصى له بالولد مات قبل موت الموصي او رد الوصية
لم يعد الى الموصى له بالرقبة ولكن يعود الى ورثة الموصي فلذلك افترقا ولو اوقع العقود على
ما في البطن اما العقد البيع فلا يجوز وكذلك الكتابة عليه لا يجوز وان قبلت الام عنه وكذلك
الكتابة عليه لا يجوز وان قبلت الام عنه وكذلك الهبة والصدقة لا يجوز وان سلم الام الى
الموهوب له ولو تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل ولو صالح عن القصاص على ما في
البطن فان الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية فاسدة ويكون له على القاتل الدية
لان هذه العقود تصح على ما هو مال والولد ليس بمال مادام في البطن ولو انه اعتق ما في البطن
فانه يصح اذا علم انه كان موجودا في البطن وقت العتق وانما يعلم وجوده اذا جاءت به لاقل
من ستة اشهر لوقت العتق فان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لم يعتق لانه لم يعلم وجوده
وقت العتق فلا يعتق بالشك الا اذا كانت الامة في عدة زوج فانه يحكم بوجود الولد الى سنتين
من وقت الطلاق في حق ثبوت النسب فكذلك في حق العتاق وانما جاز عتق ما في البطن لان
العتق ينافي الرق وما في البطن مرقوق وكذلك الوصية بما في البطن يصح اذا علم وجوده في البطن
وقت الوصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن كذلك الوصية ولو خالع
امرأته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد اذا كان موجودا في البطن وقت الخلع
وان لم يكن موجودا كما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا فلا سبيل للزوج على ما في البطن

ولكنه

ولكنه ينظر ان قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم يقل من ولد فلا شيء له عليها ولو قالت
من الولد فانه يرجع عليها بما ساق اليها من المهر لانها غررت الزوج حين قالت من ولد وليس
في بطنها ولد واذا لم يقل من ولد لم تغرره وهذا كما قلنا في المرأة اذا قالت لزوجها اخلعني على
ما في يدي او على ما في صندوقي هذا من شيء ولم تذكر شيئا فان كان فيه شيء فللزوج وان لم يكن فيه
شيء فلا يرجع عليها بشيء لانها لم تغرره حيث لم تسم له مالا فاما اذا قالت اخلعني على ما في يدي
هذا من متاع فان كان فيه شيء من متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بما ساق اليها من المهر كذا
في شرح الطحاوي **قوله** ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وهذه من مسائل الاصل ذكرها
تفريعا على مسئلة القدوري فرق بين هذا وبين البيع فانه اذا باع الجارية وفي بطنها ولد
حر لا يجوز البيع والفرق ان الولد الحر صار مستثنى شرعا من عقد الهبة والبيع بالجارية فاعتبر
بما لو كان مستثنى شرطا فانه لو باع واستثنى الحمل لا يصح البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
لاحد المتعاقدين منفعة فكان شرطا فاسدا فيفسد البيع به بخلاف الهبة فانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة الا ترى ان النبي عليه الصلاة والسلام اجاز العمرى وابطل المعمر وفرق بين التدبير
والاعتاق ايضا فانه لو اعتق ما في البطن ثم وهب جازت الهبة ولو دبره ثم وهب الام لا يجوز
الهبة وذلك لان الهبة مشغولة في صورة التدبير بملك الواهب وفي صورة الاعتاق ليست بمشغولة
فافترقا بيانه ان الاعتاق من يزيل الملك واليد عن الولد فامكن تسليم الام غير مشغولة بحق الواهب
فصحت الهبة بخلاف الهبة التدبير لانه لا يزيل الملك واليد عن الولد وهو في يده فتمنع به
تمام التسليم فلم تصح الهبة وليس التدبير كالاستثناء لان في الاستثناء يمكن تنفيذ الهبة في الحمل
وفي التدبير لا يمكن لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك قال في الاجناس ولهذا الجنس مسائل
وجملته ان الهبة متى كانت مشغولة بغير الهبة لم يجز وعين الهبة متى كانت مشغولة بالهبة جازت
لق الهبة كما لو وهب حنطة في جوالق دون الجوالق او متاعا في الدار دونها وسلم اليه جاز لان الجوا
والدار ههنا مشغولتان بالهبة فصحت الهبة ومثله لو وهب دارا فيها متاع الواهب لم يجز
الهبة وكذلك لو وهب جوالقا فيه متاع الواهب وفي نوادر هشام قال ابو حنيفة اذا
وهب دارا لابنه الصغير وفيها زرع الاب او وهب منه دارا والاب فيها ساكن لم تجز الهبة
فيهما وقال في الهاروني وفي المجرد قال ابو حنيفة في رجل تصدق على ابن صغير بدار له وفيها متاع
الرجل او كان الاب فيها ساكنا او فيها متاع له وليس بساكن فيها او قوم سكان بغير اجر جازت

قوله الاجناس الى هنا لفظ باطلا كانت الصدقة باطلا ولو كان بينهما سكان باجر وكان فاسدا لانه
فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق
عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جايزة والشرط باطل وقال
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وهب لرجل جارية على ان يردها عليه
قال الهبة جايزة والشرط باطل وهذه من الخواص قال وكذلك لو وهبها على ان يعتقها الموهوب
له او على ان يتخذها ام ولد وقال فيه قبل هذا عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يهب للرجل
هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها او بعضها او يعوضه ثلثها
او ربعها قال الهبة جايزة ولا يرد عليه ولا يعوضه منها شيئا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وقال الكرخي في مختصره ولو شرط فيها ان يتخذها ام ولد وهي امة او ان يبيعها من فلان او ان
يردها عليه بعد شهر كانت الهبة جايزة وهذه الشروط باطلة الى هنا لفظ الكرخي وذلك
لان مقتضى الهبة ثبوت الملك مطلقا غير موقت فاذا شرط عليه الرد او الاعتاق او الاستيلاد
كان ذلك منافيا للعقد فكان شرطا باطلا وهذا لان موجب العقد ان يعتقها الموهوب له
او يستولدها متى شاء باختياره لا باختيار غيره ولكن الهبة لا تبطل بالشروط الباطلة
واصل هذا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر في رجوعها اليه
بعد موت المعمر له وجعلها ميراثا لورثة المعمر له والبيع يفسد بالشروط الفاسدة لان النبي
عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان فيه زيادة عارية عن العوض فيتحقق معنى
الربوا في المعاوضات ولا يتحقق ذلك في التبرعات وقد مر بيان ذلك في باب البيع الفاسد
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب العوض بالهبة من شرح الكافي فان
كانت الهبة الف درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن ذلك عوضا لان الشيء لا يصلح
ان يكون عوضا عن نفسه وكان للواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض وكذلك ان كانت
الهبة دارا والعوض بيت منها وقال فيه بعد ذلك ثوبان من ورقة رجل وهب لرجل خمسة
دراهم وثوبا وقبض ذلك الموهوب له ثم عوضه الثوب او الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك
عوضا لان بعض الهبة لا يصلح تعويضا وان كانا هبتين مختلفتين جاز جعل احدهما عوضا
عن الاخر ودع القياس فيه والقياس ان لا يجوز لان الكل هبة وجه الاستحسان انه لما
تعددت الهبة صار المقصود من احدهما غير المقصود بالاخر فجاز جعل احدهما عوضا

عن الاخر وكذلك ان كانا في مجلس واحد لان العقد متفرق وان وهب له حنطة فطحن بعضها فعوضه
دقيقا من تلك الحنطة كان عوضا لانه بالطحن صار شيئا اخر فانقطع حق الواهب عنه فصلح عوضا
وكذلك لو وهب له ثيابا فصبغ منها ثوبا بعصفر او خاطه قميصا ثم عوضه اياه لان الزيادة القائمة
بالثوب صلحت عوضا وقد انقطع حق المالك عنه لمكانها به فجاز جعلها مع الثوب عوضا
وكذلك لو وهب له سويقا فلت بعضه ثم عوضه بعضه قوله قال ومن له على اخر الف
درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه
او انت بريء من نصفه الباقي فهو باطل اه قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يكون له على الرجل الف درهم فيقول له اذا جاء الغد فالالف لك او انت
بريء منها اذا جاء غد قال هذا باطل والالف عليه اذا جاء غد وكذلك اذا قال اذا اديت الي
نصف المال فلك النصف الاخر او انت بريء منه فهو باطل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
قال فخر الاسلام وقوله فلك النصف من الخواص وذلك لان تمليك الدين تمليك فيه اسقاط
لا تمليك خالص ولا اسقاط خالص والدليل على التمليك انه يرتد بالرد لمعنى التمليك والدليل
على الاسقاط انه لا يتوقف على القبول ثم التمليك المحض لا يجوز تعليقه كما في البيع والاسقاط
المحض يجوز تعليقه كما في الطلاق والعتاق فلما كان هذا تمليكا من وجه اسقاطا من وجه
صح تعليقه نظرا الى الاسقاط ولم يصح نظرا الى التمليك فلم يصح بالشك بخلاف ما مر في باب
الصلح بالدين وهو انه اذا قال اد الي خمسمائة على انك بريء غدا وان لم يؤد عادت الالف عليه في قول
ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف لا يعود لان ثمه الابراء غير معلق بالشرط بل هو مقيد
بالشرط والمقيد موجود والمعلق معدوم وبينهما فرق معلوم قوله قال والعمرى جائزة
للمعمر له في حال حيوته ولورثته من بعده اي قال القدوري في مختصره قال الحسن بن زياد في
كتاب المجرد اخبرنا ابو حنيفة عن بلال عن وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله قال فشت
العمرى بالمدينة على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم
فصعد المنبر فحمد الله تعالى واثنى عليه ثم قال يا ايها الناس امسكوا عليكم اموالكم لا تهلكوها فانه
من اعمر شيئا في حيوته فهو للذي اعمر بعد موته اخبرنا ابو حنيفة عن حبيب بن ابي ثابت انه قال
كنت عند ابن عمر جالسا اذ اتاه اعرابي فسأله عن العمرى فاخبره انها للذي هي في يديه وان
مات فهي ميراث لورثته وكان ابو حنيفة رض ياخذ بهذه الاحاديث ويقول لو ان رجلا جعل

داره لرجل فقال له داري هذه لك عمرى ودفعها اليه كانت بمنزلة الهبة وكان له ان يرجع فيها
ما لم يحدث فيها الموهوب له حدثا من بيع او بناء قال وان قال قد اعمرتك داري هذه ودفعها
اليه فهي ايضا هبة وان قال داري لك عمرى تسكنها او قال هي لك عمرى تسكنها قال فكلاهما
هبة في الوجهين جميعا وان قال داري لك عمرى سكنى كانت عارية ولصاحبها ان ياخذها متى
ما بدا له وان مات كانت للاولاد الذي جعلها له وكذلك لو قال داري لك سكنى الى هنا لفظ
الحسن في المجرد وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال محمد في املائه رواه عمرو بن ابي عمرو
الكسائي قال سمعنا محمدا يقول قال ابو حنيفة اذا قال الرجل قد جعلت هذه الدار لك عمرى
او قال قد جعلتها لك حياتك او قال هي لك عمرى او قال هي لك حياتك فاذا مت فهي رد علي
او قال هي لك عمرك فاذا مت فهي رد علي قال فهذه كلها هبة جائزة وهي له حياته وموته
والشرط الذي شرط باطل قال ابو الحسن هي عندهم جميعا كذلك يجوز فيها ما يجوز في الهبة ويبطل
فيها ما يبطل بالهبة الى هنا لفظ الكرخي وقال في كتاب الاقضية لاصحاب مالك رضه قال
مالك بن انس في العمرى اذا اعمر الرجل داره او حانوته او عقده له حيوته فهي جائزة حتى يقول
قد اعمرتك وعقبك فان اعمرها اياه وعقبه جازت له ولعقبه ولم ترجع الى الذي اعمرها
ان كان حيا فان كان ميتا رجعت الى اقرب الناس به من عصبته ولا تكون ميراثا الى هنا
لفظ كتابهم ونقل شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه مذهب مالك فيما اذا قال داري
لك عمرى انه تكون عارية ولا يكون هبة حتى كان للمعمر ان يبيعها متى شاء وان كان يسترده منه
متى شاء ومتى مات المعمر له رجعت الى المعمر الا ان يقول لك ولعقبك من بعدك ومن قال
هذا لا تعود الى المعمر متى مات المعمر له بل تصير ميراثا بين ورثته وقال في وجيز الشافعية
لو قال اعمرتك هذه الدار فاذا مت فهي لورثتك صح فانه هبة ولو اقتصر على قوله اعمرتك لم يصح
على القول القديم لانها موقتة وعلى الجديد صح وتابد فان قال فان مت عادت الي فهو بالبطلان
اولى وكذا الرقبى بالبطلان اولى وهو ان يقول ارقبتك هذه الدار او جعلتها لك رقبى او وهبتك
على انك ان مت قبلي عاد الي وان مت قبلك استقر عليك الى هنا لفظ وجيزهم وقال الخرقي من
اصحاب احمد بن حنبل اذا قال داري لك عمرك او هي لك عمرى فهي له ولورثته من بعده وان
قال سكناها لك عمرك كان له اخذها اي وقت احب لان السكنى ليس كالعمرى والرقبى الى هنا
لفظ الخرقي وجه قول مالك ما روى ابو هريرة رضه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلمون

عند

عند شروطهم وجه الاستدلال ان المعمر شرط ان يعود اليه متى مات المعمر له فيعتبر شرطه
عملا بالحديث ولانا نقول ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر لانه روي عن الزهري
انه قال العمرى التي اجازه النبي عليه الصلاة والسلام ان يقول المعمر هي لك ولعقبك وعنده
بقي نال ذلك لا يعود اليه ابدا ولنا ما احتججنا به اولا بما روينا قبل هذا عن المجرد وحدث البخاري في الصحيح
مسندا الى جابر رضه قال قضى النبي عليه الصلاة والسلام بالعمرى انها لمن وهبت له وحدث
البخاري ايضا باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال العمرى جائزة وكذلك
حدث ابو داود في السنن حديث جابر وحديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال
في السنن ايضا حدثنا محمد بن شعيب قال اخبرني الاوزاعي عن الزهري عن عروة عن جابر ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من اعمر عمرى فهي له ولعقبه يرثها من عقبه وحدث الطحاوي في شرح الاثار عن
يونس عن سفين عن عمرو عن سليمان بن يسار ان اميرا كان على المدينة يقال له طارق قضى بالعمرى
للوارث عن قول جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم وحدث الطحاوي ايضا فيه قال
حدثنا ابو النضر هاشم بن القسم قال حدثنا محمد بن مسلم الطايفي عن ابراهيم بن ميسرة عن طاوس
عن زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعمر شيئا حيوته فهو له ولورثته
فدل هذا الحديث ان المراد من الوارث المذكور في الحديث المذكور قبل هذا هو وارث المعمر له والاحاديث
في هذا الباب كثيرة في شرح الاثار فدل ان الملك ثابت للمعمر له ولا يجوز فسخه بعد موته الا بدليل
وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم ليس بحجة علينا لان المراد من تلك الشروط
هي التي جوزها الكتاب والسنة واجمع عليها المسلمون لا كل شرط ولهذا لم يدخل الشرط الذي
لا يقتضيه العقد في البيع لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط وكذلك قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وان كان مائة شرط
وقد ابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم شرط المعمر فلا يلتفت الى شرطه وتاويل الزهري
بتقييد ذكر العقب ليس بحجة لورود الاحاديث المطلقة عن ذكر العقب ونحن نعمل بالحديث المطلق
والمقيد جميعا ولا نقيد المطلق بالمقيد وفسر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قوله داري
لك عمرى وقال معناه اي داري لك ما عشت فاذا مت رجعت الي **قوله** والرقبى باطلة عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف جائزة وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الحسن بن زياد
في المجرد قال وان قال ارقبتك داري هذه كانت عارية وان قال هي لك رقبى كانت هبة اذا دفعها

اليه الى هنا لفظ المجرد وقال الكرخي في مختصره وقال محمد ايضا في املائه قال ابو حنيفة اذا قال
الرجل لرجل هذه الدار لك رقبى فدفعها اليه او قال هذه الدار لك حبيس ودفعها اليه فهي عارية
في يده اذا شاء ان ياخذها اخذها قال محمد وهذا قولنا ايضا الى هنا لفظ الكرخي ثم قال فيه
وقال ابو يوسف واما انا فارى انه اذا قال هي لك حبيس فهي له اذا قبض وقوله حبيس باطل وكذلك
اذا قال هي لك رقبى وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه اذا قال داري لك رقبى او داري
لك هذه حبيس قال ابو حنيفة ومحمد لا يكون هبة ثم قال ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه
يكون عارية ام لا عندهما ثم قال وقد روى الحسن عن ابي حنيفة ومحمد انه يكون عارية ثم قال
وقال ابو يوسف بان يكون هبة حتى لو مات المرقب يكون ميراثا بين ورثته وقال القدوري
في كتاب التقريب قال ابو حنيفة ومحمد الرقبى باطلة وقال ابو يوسف جائزة ثم قال فيه وقد
قال ابو حنيفة فيمن قال لآخر هذه الدار لك حبيس او لك رقبى ودفعها اليه انها عارية وقال
ابو يوسف هبة ثم قال في التقريب واما اذا قال ارقبتك داري فهي عارية عندهم جميعا وقال
في المختلف وعلى هذا الخلاف اذا قال ارقبتك وجه قول ابي يوسف رح ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز العمرى والرقبى وقد حدث صاحب السنن باسناده الى جابر قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها ولان قوله لك يفيد التمليك وقوله
رقبى او حبيس بعد ذلك شرط زائد فاسد فيلغو فصار كقوله داري لك عمرى ووجه قولهما
ما روي عن شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى وقد حدث الطحاوي
في شرح الآثار عن سليمان بن شعيب عن ابيه عن ابي يوسف عن عطاء بن السائب قال سئل
شريح عن رجل جعل داره حبيسا على الآخر فالآخر من ولده فقال لا حبس عن فرائض الله تعالى
ولان التعليق في التمليكات لا يجوز لافضائه الى معنى الخطر وهذا لان معنى قوله داري لك رقبى
عندهما ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي ماخوذ من المراقبة كان كل واحد منهما يرقب
موت صاحبه وعندي قول ابي يوسف اصح اذ غاية ما في الباب ان يقال الشرط فاسد
ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى

فصل في الصدقة لما كانت الهبة والصدقة سواء في الاحكام لان كل واحد منهما
تبرع لا يفيد الملك الا بعد القبض ذكر فصل الصدقة عقيبها وقدم الهبة لعمومها في المسلم
والكافر وكثرة تفريعاتها عيزان بينهما فرقا في فصل وهو ان الهبة اذا كانت لغير ذي الرحم

الحرم

61

الحرم فيها الرجوع ولا رجوع في الصدقة **قوله** قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة وانما شرط القبض فيها لما
روى اصحابنا في شرح المبسوط عن ابن عباس رض انه قال لا تجوز الصدقة الا مقبوضة وهذا الحديث
حجتنا على الشافعي في تجويزه الصدقة بلا قبض ولانها تبرع فيشترط فيها القبض كالهبة فاذا
كان القبض شرطا كانت الاشاعة مانعة فيها فيما يحتمل القسمة لنقصان في القبض اولان
في تجويزها مع الاشاعة الزام ما لم يلتزمه المتبرع والالزام ينافي التبرع وقد مر بيان الوجهين
عند قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والى ذلك الموضع اشار في المتن بقوله لما
بينا في الهبة **قوله** ولا رجوع في الصدقة وهذه من مسائل القدوري ايضا وذلك لان
المقصود من الصدقة على الاجنبي حصول الثواب في الآخرة لا العوض المالي وهذا المقصود حصل
للمتصدق بنفس الصدقة فكانت الصدقة مع حصول الثواب كالهبة مع وجود العوض فلا رجوع
ثمه فكذا هنا وقد قالوا اذا تصدق على غني فالقياس ان يرجع لان المقصود منها العوض فتكون
هبة ويكون له الرجوع ووجه الاستحسان ان المقصود من التصدق على الغني قد يكون الثواب
وقد حصل وكذلك اذا وهب لفقير لا رجوع فيه لان الاعتبار في العقود للمعاني فكانت الهبة
مستعارة للصدقة وهذا الاستحسان ايضا ذكره في شرح الكافي **قوله** قال ومن نذر ان يتصدق
بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع اي
قال القدوري في مختصره وقال في كتاب القضاء من الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل قال مالي في المساكين صدقة قال هذا على اموال الزكوة ولو اوصى بثلث ماله فهذا على
كل شيء قال فخر الاسلام والاول استحسان والقياس بينهما واحد لان المال عام اعلم ان الرجل
اذا قال مالي صدقة في المساكين فالقياس ان يتصدق بجميع ماله سواء كان مال الزكوة او غير مال
الزكوة وهو قول زفر وفي الاستحسان يلزمه التصدق بمال الزكوة وهو عين الدنانير والدراهم
ومال التجارة والسوائم لا غير وبه اخذ علماؤنا وجه القياس انه اضاف الصدقة الى ماله مطلقا
والكل ماله فلا يتقيد بمال الزكوة كما اذا اوصى بثلث ماله يتحقق له ولانا كلوا اموالكم بينكم
بالباطل حيث يتناول الاموال كلها ووجه الاستحسان هو ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله
مطلقا في الصدقة بالمال يتناول مال الزكوة لا غير كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة فكذا
هنا بخلاف الوصية فان دليل التقييد ثمه لم يرد من الشرع فانصرف الى الاموال كلها قال

فخر الاسلام واختلف ابو يوسف ومحمد في الاراضي العشرية فقال ابو يوسف تدخل لانها من اسباب
الصدقة وهي العشر وقال محمد لا تدخل لانها من اسباب المؤنة مثل عبد الخدمة وحاصل ذلك
ان جهة المؤنة غالبة عند محمد وجهة الصدقة عند ابي يوسف والاختلاف في النوادر والارض
الخراجية لا تدخل بالاجماع واما اذا قال جميع ما املك في المساكين صدقة قال الحاكم الشهيد في الكافي
يتصدق بجميع ما يملك من الصامت ومال التجارة والسوائم واموال الزكوة ويمسك قوته فاذا
اصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثل ما امسك ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحسانا
وهذا يدل ان المال والملك سواء واليه ذهب ابو بكر البلخي وكان يسوي بين ذكر المال والملك
كذا قال خواهر زاده والاصح هذا كذا قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير ومن المشايخ من
قال انه يتناول جميع ما يملكه من مال الزكوة وغيره قياسا واستحسانا واليه ذهب الفقيه محمد
ابن ابراهيم الميداني كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه وهو المروي عن ابي يوسف قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر ابو يوسف في الامالي حكاه عن ابي حنيفة وعن نفسه
انه اذا قال مالي في المساكين صدقة انصرف الى مال الزكوة واذا قال ما املك صدقة انصرف
الى جميع الاموال وذلك لان الملك اعم من المال لان غير المال قد يملك كالنكاح والقصاص ووجه
الفرق بين المال والملك ان ثمه وجد ايجاب الشرع فانصرف الى مال الزكوة وفي الملك لم يوجد
ايجاب الشرع فاعتبر عمومه وقال الفقيه ابو الليث وفي قول مالك يتصدق بثلث ماله لما
روي عن ابي لبابة بن عبد المنذر لما قبلت توبته قال يا رسول الله اني جعلت على نفسي
ان انخلع من مالي كله فقال لا ولكن تصدق بثلثه وفي قول الشافعي عليه كفارة اليمين لانه قال
عليه الصلاة والسلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين وفي قول الشعبي لا يجب عليه شيء لقوله
تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط ثم انه يمسك قوته وفي قوله جميع املك
صدقة لانه لا بد له منه ولكن لم يبين محمد في المبسوط والجامع الصغير مقدار ما يمسك من القوت
فقال مشايخنا ان كان دهقانا يمسك قوت سنة لان القوت للدهقان يتجدد كل سنة وان كان
تاجرا يمسك قوت شهر لان التجارة للتاجر لا تتفق كل حين وانما تتفق في بعض الاحايين فقدرنا
بالشهر وان كان محترفا يمسك قوت يومه لانه يتجدد له القوت كل يوم ثم اذا وجد شيئا تصدق
بمقدار ما امسك للقوت لانه استهلك قدر القوت من المال الذي لزمه التصدق به فصار
ضامنا لمثله دينا في ذمته كما لو استهلك مال الزكوة قوله ويقال له امسك ما تنفقه على

نفسك

نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب مالا يتصدق بمثل ما انفق هذا لفظ القدوري في مختصره
وقد ذكرنا الوجه اننا قوله وقد ذكرناه من قبل اي في كتاب القضاء في باب القضاء
بالمواريث والله اعلم

كتاب الاجارات

ناسب الاجارة الهبة
لان كل واحد منهما فيه معنى التمليك الا ان الهبة لما كانت تمليك عين والاجارة تمليك منفعة
كان تقديم الهبة اولى لكون العين اقوى ثم الاصل في جواز الاجارة والاجارة تمليك منفعة
قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وقال موسى لصاحبه لو شئت لاتخذت عليه اجرا
وقوله تعالى خبرا عن شعيب عليه الصلاة والسلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على
ان تأجرني ثماني حجج وجه الاستدلال به ان شريعة من قبلنا تلزمنا على انه شريعة رسولنا
اذا قص الله من غير انكار ولم يرد النسخ به وقوله تعالى تأجرني من آجرته اذا كنت له اجيرا
وثماني حجج ظرفه كذا في الكشاف ولان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يستأجرون
ولم ينكر ذلك الا ترى الى ما حدث البخاري في جامعه الصحيح مسندا الى ابي هريرة رضه عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بعث الله نبيا الا رعى الغنم فقال اصحابه وانت قال نعم كنت
ارعاها على قراريط لاهل مكة وحديث عائشة رضه في حديث هجرة النبي عليه الصلاة والسلام
مع ابي بكر رضه واستاجر النبي وابو بكر رجلا من بني الديل هاديا خريتا فاخذ بهما طريق
الساحل وتخريج الماهر بالهداية وحدث البخاري ايضا باسناده الى سعيد بن ابي سعيد
عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال الله عز وجل ثلثة انا خصمهم يوم
القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى
منه ولم يعطه اجره هكذا ذكر في كتاب الاجارة من الصحيح ومعنى قوله رجل اعطى بي
اي اعطى ذمته من الذمات ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيشا
او سرية قال في وصيته واذا حاصرتم اهل مصر او مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة
الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله ولكن اعطوهم ذممكم وذمم ابائكم
ثم فوا لهم فانكم ان تخفروا ذممكم وذمم ابائكم اهون والحديث فيه طول ذكره محمد في اول كتاب
السير الصغير واما قوله ورجل باع حرا فاكل ثمنه على سبيل المجاز باعتبار صورة المبادلة
والا فالبيع باطل وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي قال حدثنا محمد بن
العلاء قال حدثنا يزيد بن الحباب عن سفيان عن حماد عن ابراهيم عن ابي هريرة او عن

ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وهذا
الحديث فيه طول ذكره محمد بن الحسن في كتاب الآثار في باب السوم على سوم اخيه وحدث
الكرخي ايضا باسناده الى العتبي عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه ومما سنح به خاطري في هذا المقام اعطوا الاجير اجره قبل جفاف
العرق كذا حديث مسند ما فيه قطع عن فلق وقد اتفق فقهاء السلف على مثل ما ورد به ظاهر
الكتاب والسنة من جواز عقد الاجارات على منافع الابدان والعقار والعروض قوله
الاجارة عقد على المنافع بعوض هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح هذا الاولى ان يخرج بخلاف
النكاح لانه عقد على استباحة المنافع بعوض يعني لا على تملك المنافع وينبغي ان يقال عقد
على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى تخرج النكاح لان التوقيت يبطله او
يقال عقد على منفعة معلومة لا للاستباحة بضع على عوض معلوم قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي التمليك على نوعين تمليك منفعة وتمليك عين وكل وجه على وجهين اما
ان يكون ببدل او بغير بدل فتمليك العين ببدل هو البيع وتمليك العين بغير بدل هو الهبة
والصدقة والوصية وما اشبه ذلك واما تمليك المنفعة ببدل فهي الاجارة وتمليك
المنفعة بغير بدل هي العارية ثم عقد البيع عقد ينعقد على الابهام ولا يجوز حتى يتبين البدل
من كلا الجانبين اما بيان المنفعة فهو باحدى معان ثلث اما ببيان الوقت وهو الاجل
واما ببيان العمل واما ببيان المكان واما بيان الاجرة فان كانت دراهم او دنانير فالشرط
فيه بيان القدر ويقع ذلك على نقد البلد وان كانت النقود مختلفة فانه يقع على الغالب
منها وان كانت الغلبة مختلفة فان الاجارة فاسدة ما لم يبين نقدا منها فان بين جاز
وان كان الاجر كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة ويحتاج
الى بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة وان لم يكن له حمل ومؤنة فلا
يحتاج الى بيان مكان الايفاء وعند ابي يوسف ومحمد بيان مكان الايفاء ليس بشرط ولا يحتاج
الى بيان مكان الاجل فان بين الاجل جاز ويثبت واما اذا كانت الاجرة ثيابا او غير وصفا
فالشرط بيان القدر والاجل والصفة لا تثبت دينا في الذمة الا من جهة السلم فكان لثبوته
اصل واحد وهو السلم فلا يجوز الا على شرائط السلم بخلاف الكيلي والوزني لان لثبوتهما
اصلين القرض والسلم والاجل في القرض ليس بشرط فان بين جاز كالسلم وان لم يبين جاز

كالقرض وفي هذا كله اذا كان عينا فالاشارة فيه كافية ولا يحتاج الى بيان القدر والوصف
والاجل واما اذا كان حيوانا فلا يجوز الا ان يكون معينا واما اذا كان بدله المنفعة فانه
ينظر ان كانت من جنسه لم يجز كما اذا استاجر سكنى دار بسكنى دار او استاجر ركوب دابة بركوب
دابة لان الجنس بانفراده يحرم النساء واما اذا كان بخلاف جنسه فانه يجوز كما اذا استاجر سكنى
دار بركوب دابة فانه يجوز كذا في شرح الطحاوي ثم اعلم ان قولهم آجره الدار هل هو من باب الافعال
ام من باب المفاعلة والزمخشري جعله في كتاب مقدمة الادب من البابين جميعا وتمام البيان
فيه ما قال المطرزي في المغرب قال الاجارة تمليك المنافع بعوض وفي اللغة اسم للاجرة وهي
كراء الاجير وقد آجره اذا اعطاه اجرته من باب طلب وضرب فهو آجر وذاك ماجور وفي كتاب
العين آجرت مملوكي اوجره ايجارا فهو موجر وفي الاساس آجرني داره فاستاجرتها وهو
موجر ولا تقل مواجر فانه خطأ وقبيح قال وليس آجر هذا بوزن فاعل بل هو بوزن افعل
وانما الذي هو من فاعل قولك آجر الاجير مواجرة كقولك شاهره وعاومه وفي المجمل آجرت
الرجل مواجرة اذا جعلت له على فعله اجرة وفي باب افعل من جامع الغوري آجره الله لغة
في اجره وآجره من الاجارة وفي باب فاعل آجره الدار وهكذا في ديوان الادب والمصادر قال
وفيه نظر وانما الصواب ما اثبت في العين والتهذيب والاساس على ان ما كان من فاعل في معنى
المعاملة كالمزارعة والمشاركة لا يتعدى الا الى مفعول واحد ومؤاجرة الاجير من ذلك فكان
حكمها حكمه وما تفاوت فيه القياس والسماع اقوى من غيره فالحاصل انك اذا قلت آجره الدار
والمملوك فهو من افعل لا غير واذا قلت آجر الاجير كان موجرا واما قولهم آجرت منك هذا
الحانوت شهرا فزيادة من فيه عامية واسم الفاعل من نحو آجره الدار موجر والآجر في معناه
غلط الا اذا صحت روايته عن السلف فحينئذ يصير نظير قولهم مكان عاشب وبلد ماحل
في معنى معشب ومحل واسم المفعول منه موجر لا مواجر ومن الثاني موجر ومواجر ومن قال
واجر فقد زعم انه بناه على يواجر وهو ضعيف الى هنا لفظ المغرب قوله والقياس يابى
جوازه اي جواز عقد الاجارة لكون المنافع معدومة في الحال قوله وقد شهدت بصحته
الآثار مثل قوله عليه الصلاة والسلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقد مر
بيان ذلك قبل هذا قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة اعلم ان
عقد الاجارة تنعقد باقامة الدار مقام المنفعة في حق الانعقاد لا في حق الملك لان الملك

تأخر الى حدوث المنفعة فعلى حسب حدوث المنافع ينعقد ساعة فساعة وعند الشافعي حالة
العقد يثبت الملك في المنافع التي ستحدث باقامة الدار مقامها ويجعل المنافع موجودة تقديرا
وان كانت معدومة حقيقة بيان ما قلنا هو ان العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد
لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال العلماء المحال شروط ومحل العقد هنا هي المنافع وهي
معدومة فلا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها مقام المنافع التي
ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول
احدهما بالاخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد والمراد
من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة و
نفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام مشايخنا
يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل
للتراخي كما في البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه اخر فقال اللفظان الصادران
منهما مضافين الى محل المنفعة وهو الدار صحا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل بعد
منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا لكلاميهما شرعا والعلة
الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانها يجوز ان تنفك عن معلولاتها فجاز ان يقال العقد وجد
وانه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية
فان الانفكاك لا يصح انفكاكه عن الكل فان قلت يلزم على ما قلتم تبديل الحقيقة في حق اضافة العقد
وذلك لا يجوز لانكم اقمتم الدار مقام المنفعة المعدومة التي هي محل العقد حقيقة قلت
تبديل الحقيقة فيما قال الشافعي لا فيما قلنا لانه جعل المنافع المعدومة حقيقة موجودة
تقديرا ونحن اقمنا محل المنافع وهو الدار مقام المنافع تصحيحا للعقد باعتبار شرطه واقامة
شيء مقام غيره في مراعاة شرط العقد ليس بتبديل الحقيقة بل هو تبديل حكم شرعي بدليل
شرعي كما اذا اوصى بوصية مضافة الى ما بعد يجعله العام ثم عقد الاجارة على ما عرف في اصول
الفقه علة اسما لاضافة الحكم اليه ومعنى لكونه مؤثرا فيه لا حكما لتراخي الحكم عنه **قوله**
ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة هذا لفظ القدوري في مختصره اما الاجرة
فلما روينا قبل هذا عن ابي سعيد الخدري رضه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من استأجر
اجيرا فليعلمه اجره واما المنافع فلانها معقود عليها وجهالته تفسد العقد لافضائها الى

المنازعة

٦٤

المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وكذا جهالة الاجرة مفسدة للعقد لهذا المعنى فصار
جهالة المنافع والاجرة هنا كجهالة المبيع والثمن في باب البيع **قوله** لما روينا اشارة
الى قوله عليه الصلاة والسلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره ويصلح هذا الحديث دليلا لاشتراط
اعلام الاجرة بعبارته ولاشتراط اعلام المنافع بدلالته اما العبارة فظاهرة واما الدلالة
فلان الاجرة معقود بها والمنافع معقود عليها والاصل في العقد هو المعقود عليه لا المعقود
به لانه تبع فكان اشتراط الاعلام في التبع لرفع الجهالة مع انه ليس بمقصود اشتراطا له في الاصل وهو
مقصود بطريق الدلالة بالطريق الاولى **قوله** وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون
اجرة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الاجرة في باب الاجارة كالثمن في باب البيع
لان الاجارة بيع المنافع فما صلح ان يكون ثمنا ثمة صلح ان يكون بدل المنافع هنا قال الشيخ ابو نصر
البغدادي في شرحه وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره بيته ذلك ان الاعيان
لا تكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب الى هنا لفظه يعني ما ذكره القدوري
مطرد وليس بمنعكس واراد بالاعيان ما لم يكن مثليا كالحيوان ثم الحيوان انما يصلح اجرة اذا
كان معينا والا فلا وقد روينا تمام ذلك قبل هذا عن شرح الطحاوي وقال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره في الفرق بين المبيع والثمن ما تعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن
الا ان يقع عليه لفظة البيع قال الفقيه ان الثمن ما كان في الذمة فالدراهم والدنانير اثمان ابدا
لا تتعين بالعقد على اصول اصحابنا وانما تثبت في الذمة والاعيان التي ليست من ذوات الامثال
مبيعة ابدا والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة بين مبيع وثمن فان قابلها الدراهم
والدنانير فهي مبيعة ايضا وان كانت غير معينة فان استعملت استعمال الاثمان فهي ثمن نحو ان
يقول اشتريت منك هذا العبد بكذا كذا حنطة ويصف وان استعملت استعمال المبيع كان سلما نحو
ان يقول اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد الا بطريق السلم والفلوس بمنزلة
الدراهم والدنانير في انها لا تتعين بالتعيين كذا ذكره الشيخ ابو الفضل الكرماني في الايضاح
قوله وهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره اي لفظ القدوري بقوله وما جاز ان يكون ثمنا في
البيع جاز ان يكون اجرة لا ينفي ان يجوز اجرة ما لا يكون ثمنا كالحيوان اذا كان معينا **قوله**
والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على
مدة معلومة اي مدة كانت وهذا لفظ القدوري في مختصره لما ذكر قبل هذا ان الاجارة لا تصح

حتى تكون المنافع معلومة شرع يذكر كيف تعلم المنافع فقال تارة تعلم ببيان المدة وتارة
تعلم بنفس العقد بمجرد التسمية وتارة تعلم بالتعيين والاشارة والكل مذكور الى اخر الباب
وذلك لان الدار اذا استوجرت للسكنى وبين مدة السكنى شهرا او سنة او اكثر كان قدر
المنافع معلوما فصح العقد وكذا اذا استوجرت الارض للزراعة سنة او اكثر جاز لكون المنافع
معلومة ثم المدة ليس فيها تقدير خاص بل يجوز الاجارة في مدة معلومة طالت او قصرت وقال
في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه لا يجوز اكثر من سنة وما زاد على السنة ففيه
قولان احدهما يجوز ما شاء والاخر لا يجوز اكثر من ثلثين سنة ولنا انها مدة يجوز ان يكون
اجلا في الديون فجاز ان يكون اجلا في الاجارة كالسنة ولانها مدة معلومة فجازت الاجارة
عليها كالسنة قالوا صحة الاجارة بخلاف القياس لان المنافع المعقود عليها معدومة وانما
جوزت للحاجة والحاجة تدعو الى سنة في الاجارة في الزراعة ولا حاجة فيما وراء السنة
قلنا تعليلكم لجواز الاجارة بالحاجة متى صح وجب ان يطرد وجوزه في غير موضع الحاجة
ايضا لانكم لا تقولون بالاستحسان على انا نقول لا نم ان الحاجة منتفية فيما وراء السنة لانه
اذا استاجر ارضا للغرس او للزراعة ربما يكون محتاجا الى سنين وكذا اذا استاجر دارا للسكنى ربما
يحتاج الى ان يسكن فيها سنين لانه يكره التحول عنها الى غيرها كل سنة فلما تحققت الحاجة
بطل ما قالوا وفي احد قولي الشافعي يختص جواز الاجارة بثلثين سنة لنا ان ما زاد على
الثلثين جاز ان يكون اجلا في الديون فجاز ان يكون اجلا في الاجارة كالثلثين وتخصيص
الثلثين لا معنى له لان الحاجة المجوزة للاجارة تشمل جميع المدة قال صاحب الهداية الا ان
في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة وهي ما زاد على ثلث سنين وذلك استثناء من قوله يجوز
طالت المدة ام قصرت وللمشايخ كلام في اجارة الوقف قال في خلاصة الفتاوى المتولي اذا
آجر دار الوقف اكثر من سنة ان كان الواقف شرط في صك الوقف ان لا تواجر اكثر من سنة لا يجوز
واذا لم يشترط شيا جاز مقدار سنة الى ثلث سنين كذا اختاره الفقيه ابو الليث وقال
الشيخ الامام ابو حفص الكبير في الضياع يجوز قدر ثلث سنين وفي غير الضياع لا يجوز اكثر
من سنة وقال القاضي الامام علي السعدي لا ينبغي له ان يفعل ولو فعل صحت الاجارة
قوله قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر ثوبا على صبغ ثوبه او خياطته
او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها اي قال القدوري في مختصره

بعد العقد القفيز ب... الارض والزرع ويجمع بنيانا وضيع ... فيها اكثر

وقوله

وقوله بنفسه اي بنفس العقد وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية اي تصير المنافع
معلومة بمجرد التسمية بدون ذكر المدة كما اذا استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما مسافة
معلومة او استاجرها ليركبها مسافة معلومة وهو المراد بقوله مسافة سماها فعن هذا عرفت
ان قوله مسافة يتعلق بالحمل والركوب جميعا وذلك لانه اذا عين الثوب الذي يصبغ ولون الصبغ بانه
احمر ونحوه وقدر الصبغ اذا كان مما يختلف وعين القدر المحمول على الدابة كماية من ونحوها وبين
جنسه وعين المسافة بانه يذهب الى موضع كذا صارت المنفعة معلومة لا محالة فصح العقد قال صاحب
الهداية وربما يقال الاجارة قد يكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون
العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من
بيان الوقت وهذا الذي ذكره صاحب الهداية اشارة الى تقسيم صاحب التحفة بقوله الاجارة
نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال ولكل نوع شروط واحكام اما الاجارة على المنافع
فكاجارة الدور والمنازل والحوانيت والضياع وعبيد الخدمة والدواب للركوب والحمل والثياب
والحلي للبس والاواني والظروف للاستعمال فالعقد في ذلك كله جائز وشرط جوازه ان يكون
العين المستاجر معلوما والاجرة معلومة والمدة معلومة بيوم او شهر او سنة لانه عقد معاوضة
كالبيع واعلام المبيع والثمن شرط في البيع فكذلك هنا الا ان المعقود عليه هنا هو المنافع
من اعلامها بالمدة والعين الذي عقد عليه الاجارة على منافعه واما الاجارة على الاعمال فكاستيجار
الاسكاف والقصار والصباغ وساير من يشترط عليه العمل من ساير الاعمال من حمل الاشياء
من موضع الى موضع ونحوه وهو نوعان استيجار الاجير المشترك والاجير الخاص الذي يسمى
اجير الوحد فالاجير المشترك كاسمه وهو الذي يتقبل الاعمال من الناس كالصباغ والقصار
ونحوهما واجير الوحد كاسمه وهو الذي يعمل للواحد مدة معلومة فللاول ان يعمل لهم جميعا وليس
لمن استاجره ان يمنعه عن العمل لغيره وفي اجير الوحد ليس له ذلك وللمستاجر ان يمنعه ثم احكامهما
يختلف في بعض الاشياء وتتفق في البعض فاجير الوحد لا يكون ضامنا للعين التي تسلم اليه
للعمل فيها كما اذا استاجر يوما او شهرا قصارا او خياطا ليعمل له لا غير حتى لو هلكت في يده لا يضمنه
لا يضمن بالاجماع وكذلك لو تخرقت بصنعه الذي هو من العمل الماذون فيها فاما الاجير المشترك
فلا يكون ضامنا والعين التي في يده امانة عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى قول ابي يوسف ومحمد
تكون مضمونة لو هلكت بغير صنعه الا اذا هلكت بحرق غالب او بغرق غالب ونحو ذلك ولو تخرقت

بصنع معتاد بان دق ودق مثله والقاها في النورة فاحترقت او الملاح اذا غرقت السفينة من عمله والحمال اذا اسقط وفسد الحمل او الراعي المشترك اذا ساق الدواب فضرب بعضها ببعضها في حال سياقته حتى هلكت تكون مضمونة عند اصحابنا الثلثة وقال زفر والشافعي لا يضمن والمسئلة معروفة كذا في التحفة وابا في يعلم بينها قوله وقد يكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد وانا فيه نوع نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد يكون عقدا على المنفعة كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى واجير الوحد بالاضافة اي اجير المستاجر الواحد ولا لام في المضاف بخلاف الاجير المشترك اي المشترك فيه فان المشترك صفة الاجير فلا بد من اللام فيه ويجوز تحريك الحاء من الوحد لانه بمعنى الواحد ايضا قوله قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه اذا اشار الى الطعام المحمول وقال احمل هذا الطعام بكذا وسمى المسافة وقال الى موضع كذا كان قدر المنفعة معلوما فصح العقد بدون ذكر المدة ثم اعلم ان القدوري ذكر اولا اشتراط اعلام المنافع والاجرة جميعا لصحة الاجارة ثم ذكر اعلام المنافع كيف يكون ولم يبين اعلام الاجرة وتبعه صاحب الهداية في الاقتصار على ما ذكره وقد ذكرنا نحن قبل هذا في اول كتاب الاجارات عن شرح الطحاوي فان كان الاجر من النقدين فيشترط بيان القدر ويقع على نقد البلد وان كان كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا فيشترط بيان القدر والصفة ومكان الايفاء ايضا عند ابي حنيفة اذا كان له حمل ومؤنة وان كان ثوبا او عرضا فيشترط بيان القدر والصفة والاجل واذا كان عينا كفت الاشارة في جميع ذلك وان كان حيوانا يجوز اذا كان عينا وان كان منفعة فان كان من جنس المستاجر لم يجز وان كان بخلاف الجنس جاز كالركوب والسكنى والله اعلم

باب الاجر متى يستحق

لما ذكر قبل هذا ان الاجارة لا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة ذكرها هنا وقت وجوب الاجرة واستحقاقها وما يتعلق به من المسائل فقال الاجرة لا تجب بالعقد اي لا يجب تسليمها واداوها بمجرد العقد بل يستحق باحد المعاني الثلثة قوله قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه اي قال القدوري

في مختصره وعند الشافعي تملك الاجرة بنفس العقد وفائدة هذا الخلاف ما ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وهو ان لا يثبت للموجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال ولو كانت الاجرة عبدا وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال وقال الشافعي تملك بنفس العقد حتى يثبت للآجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال ولو كانت الاجرة عبدا وهو قريبه يعتق عليه في الحال وهذا بناء على ما ذكرنا قبل هذا ان الدار قائمة مقام المنفعة في حق الانعقاد لا في حق الملك عندنا اما عند الشافعي فالملك في المنافع يثبت حالة العقد باقامة الدار مقامها وقد مر تحقيق الكلام ولنا ما روينا في اول كتاب الاجارات عن الصحيح البخاري عن ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال الله عز وجل ثلثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعط اجره وجه الاستدلال به انه ذمه على تاخير الاجر بعد العمل ولو كانت الاجرة تجب بنفس العقد لذمه على التاخير من زمان العقد والدليل على انها غير مستحقة بالعقد قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن فاوجب الاجرة بعد الرضاع ويدل عليه ايضا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابي هريرة اعط الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وهذه حال فراغه من العمل ولانه مال في مقابلة منفعة فلا يستحق بنفس العقد كالربح في المضاربة ولا يلزم المهر لانه عندنا في مقابلة ملك الاباحة دون المنفعة بدليل انه لو مات احد الزوجين قبل الدخول لا يسقط المهر ولو كان في مقابلة المنافع لسقط لانه لم يوجد الاستمتاع كما لو تلفت العين المستاجرة ولان الاجارة عقد معاوضة وقضيتها المساواة بين المتعاقدين في الملك ثم المستاجر لم يملك المنافع بعد لانها معدومة فلا يملك الموجر الاجرة ايضا تحقيقا للمعادلة بينهما بخلاف ما اذا عجلت الاجرة من غير شرط او شرط التعجيل لانه اسقط حقه في استحقاق المعادلة احتج الخصم بانه عوض في عقد يتعجل بالشرط فجاز ان يتعجل بمطلق العقد كالثمن في البيع والجواب انه لا يمتنع ان يستحق بالشرط ولا يستحق عند الالاطلاق كشرط كنقد غير البلد والخيار في البيع والتاجيل في الثمن يثبتان بالشرط وعند الاطلاق لا يثبتان والمعنى في الثمن انه بمقابلة المبيع فملكه المشتري جملة ويملك البائع الثمن ايضا جملة فوجب على المشتري تسليم الثمن والاجرة بمقابلة المنافع ولا يمكن تسليم المنافع جملة لانها تحدث شيئا فشيئا فكذلك العوض لا يستحق تسليمه جملة واحدة قالوا عقد معاوضة لا يملك كل واحد من المتعاقدين فسخه من غير عذر فوجب ان يستحق العوض فيه بمطلق العقد كالنكاح قلنا ينتقض بالمساقاة فانها عقد

معاوضة لا يملك كل واحد منهما فسخه ولا يستحق العوض بمطلق العقد والمعنى في الاصل انه
يستحق بموت احد الزوجين ومعلوم ان الزوج لم يستوف المنافع وكذلك لو عادت المنافع اليها
كما كانت بان طلقها قبل الدخول تستحق نصف الصداق فدل على ان حكمه آكد وليس يقف وجوبه
على قبض المعقود عليه بخلاف الاجارة فان الدار لو هلكت ترد الاجرة ولو عادت المنافع اليه
بالفسخ لا تستحق النصف فضعف حكمها فلم تستحق بمطلق العقد توضيحه انه لو سكت عن تسمية
العوض في النكاح او نفاه يثبت لتأكده ولا يبطل العقد بخلاف الاجارة فان قيل لو لم تملك
المنافع يلزم الافتراق عن دين بدين قلنا لو صح ذلك لزم التقابض في المجلس فلما جاز التفرق
من غير تقابض ولا يكون ذلك دينا بدين بطل ما قالوا ولا يلزم علينا صحة الابراء عن الاجرة
والكفالة والرهن بها لانا نقول ذلك بناء على وجود السبب فصار كالعفو عن القصاص
بعد وجود الجرح وابانا في يعلم في الاسرار وشرح طريقة الخلاف قوله واذا قبض المستاجر
الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها هذا لفظ القدوري في مختصره الا ان القدوري ذكر هذه
المسئلة بعد قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يتجاوز به المسمى وذكرها
في هذا الموضع انسب لانه ذكر قبل هذا وجوب الاجرة باستيفاء المعقود عليه وهنا ذكر
وجوبها بالتمكن من الاستيفاء لانها كما تجب باستيفائه تجب بالتمكن من استيفائه ولكن اذا
كانت الاجارة صحيحة فاذا كانت فاسدة لا تجب شي بمجرد التمكن من الاستيفاء وذلك لان
الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث منها المنافع في مدة الاجارة لا تسليم المنفعة
لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة ولكن نعتبر التسليم
على وجه يمكن الانتفاع بها وقد تحقق التسليم على هذا الوجه فمتى تحقق تسليم المستحق
وجب الاجر وان لم ينتفع بها كما اذا قبض المبيع ولم ينتفع به قال الامام الاسبيجابي
في شرح الكافي الحاكمي ومن استاجر دابة الى مكان معلوم ليركبها فذهب بها ولم يركبها
ولم يحمل عليها شيئا فانه يجب الاجر وكذلك اذا استاجر دارا ليسكنها فسلم المؤجر المفتاح اليه
ومضت المدة فانه يجب الاجر عليه سكن الدار او لم يسكن الا اذا منعه مانع من السلطان
او غيره فاخرجه ولم يمكن دفعه عنها فانه لا يجب الاجر عليه الى هنا لفظه وقال في شرح الاقطع
قال اصحابنا اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى
مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها

وجبت الاجرة وقال الشافعي يجب الاجرة في الوجهين دليلنا ان العقد وقع على مسافة فالتسليم
في غيرها لا يستحق به البدل كما لو وقع على مدة فسلم في غيرها فانه لا يستحق البدل فان قيل
ان المستاجر قبض العين المستاجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب ان يستقر
الاجرة عليه اصله اذا استاجرها للركوب قيل له التمكن من الاستيفاء في غير محل المعقود
عليه كالتمكن من الاستيفاء في غير المدة فلا يستقر به البدل والمعنى في الاصل ان العقد
وقع على المدة وفي مسئلتنا وقع العقد على العمل وفرق ما بينهما كما لو استاجر رجلا لخياطة
ثوب او استاجره يوما للخياطة والحاصل ان هنا قيودا لوجوب الاجرة احدها التمكن من
الاستيفاء في المدة حتى اذا لم يتمكن من استيفاء المنافع او تمكن في غير المدة لا تجب الاجرة
والثاني ان يكون الاجارة صحيحة الا ترى الى ما قال في تتمة الفتاوى لا تجب الاجرة في الاجارة
الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة وانما تجب بحقيقة الاستيفاء بخلاف الاجارة الصحيحة
فان الاجرة فيها تجب بالتمكن من استيفاء المنفعة ثم في الاجارة الفاسدة انما تجب الاجرة بحقيقة
الاستيفاء اذا وجد التسليم الى المستاجر من جهة الآجر اما اذا لم يوجد التسليم اليه من جهة
الآجر لا تجب الاجرة وان استوفى المنفعة ونقله عن بيوع الجامع الكبير في باب متصل بالباب
الطويل الثالث ان يكون التمكن من الاستيفاء في الموضع الذي اضيف اليه العقد وفيه خلاف
الشافعي وقدمنا آنفا وقال شمس الائمة البيهقي اذا وقعت الاجارة مطلقة كان ابتداء
المدة عقيب العقد معاليا وعند الشافعي لا يكون عقدا عقيب العقد الا بالشرط فاذا ترك الشرط
يفسد لانه ليس بعض المدة باولى من البعض كما لو وجب صوم شهر ولنا قصد الصحة ولا
ولا صحة الا على هذا الوجه لان احدهما يقول اسلم في مدة كذا وهو يقول لا بل في مدة كذا فيؤدي
الى منازعة مانعة من التسليم والتسلم ولهذا جعلناها متوالية لئلا تصير مجهولة فيؤدي الى
هذا فان حدث بعد التسليم مانع من الانتفاع بان غصب العين او حدث به عيب يمنع من
الانتفاع او الزرع ينقطع عنه الشرب والرحا ينقطع ماؤه يسقط الاجرة بقدره وتلزم
فيما استوفى لان المنفعة تملك حالا فحالا على حسب الوجود فاذا تعذر الملك والتسليم في البعض
لا يجب البدل بقدره كما في البيع قبل القبض كذا في الكفاية وقال في خلاصة الفتاوى اذا آجر
دارا وسلمها فارغة الا بيتا كان مشغولا بمتاع الآجر او سلم اليه جميع الدار ثم انتزع بيتا
منها من يده رفع عنه الاجر بحصة البيت ولكن بشرط التمكن من استيفاء المنافع في المدة التي

وردها عليها العقد في المكان الذي اضيف اليه العقد فاما اذا لم يتمكن من الاستيفاء اصلا او تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي اضيف اليه العقد او تمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استاجر دابة يوما للركوب فحبسها المستاجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استاجرها للركوب في المصر يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد وان استاجرها للركوب خارج المصر لا يجب الاجر اذا حبسها في المصر لعدم تمكنه من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد فان ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب وان ذهب الى خارج المصر بعد ما مضى اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب كذا في الخلاصة ونقل فيها ايضا عن النوازل استاجر دابة الى مكة فلم يركب بل مشى راجلا ان كان بغير علة في الدابة فعليه الاجر وان كان لعلة في الدابة او لمرض به اجهده لم يقدر على الركوب لا اجر عليه وان استاجره ثوبا ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه فمضى سنون كان عليه بكل يوم دانق الى الوقت الذي يعلم انه لو لبسه لا يتخرق فاذا مضى وقت يعلم انه لو لبسه يتخرق سقط عنه الاجر لانه بعد ما مضى ذلك الزمان لا يمكن جعل الثوب منتفعا تقديرا فيسقط عنه الاجر كالمراة اذا اخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوبا غيرها اذا مضى وقت لو لبسته لبسا معتادا تخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة اخرى والا فلا **قوله** فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة هذا لفظ القدوري في مختصره اي غصب الدار المستاجرة غاصب من يد المستاجر في جميع المدة سقطت الاجرة وذلك لان استحقاق الاجرة اذا لم يوجد التعجيل اما باستيفاء المنافع او بالتمكن من الاستيفاء ولم يوجد الاستيفاء والتمكن منه اصلا فلا يستحق الاجرة هذا اذا غصبت في جميع المدة فان غصبت في بعضها سقطت الاجرة بقدر ذلك لانه تعذر تسليم المنفعة بذلك القدر **قوله** ومن استاجر دارا فللموجر ان يطالبه باجرة كل يوم هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد قال في شرح الاقطع وقال زفر لا يطالبه الا بعد مضي مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول ابي حنيفة الاول ووجه قوله ان جميع المعقود عليه لم يصر مسلما فلا يطالبه ببدله كما في بيع العين وكما لو استاجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاط بعضه لا يستحق الاجرة ما لم يفرغ من العمل لجملة فما اذا بين وقت الاستحقاق

شل

سئل ان يقول اجرتك هذه الدار بكذا سنة على ان تعطي الاجرة بعد شهرين لان ذلك بمنزلة شرط تعجيل الاجرة ولنا ان استوفي بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقا للمعادلة بين المتعاقدين وكان القياس ان يجب الاجرة حالا فحالا كما لو قبض بعض المبيع واستهلكه الا انهم استحسنوا ان اوجبوا الاجرة يوما فيوما لان ايجاب التسليم في كل ساعة يفضي الى الحرج والضرر لانه كلما يفرغ من تسليم اجرة ساعة يجب عليه تسليم اجرة ساعة اخرى على التوالي فيقع الحرج لا محالة وهو مدفوع شرعا فقدرت المطالبة بيوم فيوم لان اليوم مقصود بالانتفاع واخذ البدل عنه لا يفضي الى الضرر بخلاف الخياط فان الثوب في يده بعد ولم يصر شيء منه مسلما الى المالك فلهذا لم يستحق الاجرة ما لم يفرغ من العمل وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واجر الدار والارض بمنزلة اجر الحمولة يأخذ من الاجر بحساب ذلك ما يجب له يوما بيوم لان ما دون اليوم لا حد له فتعذر التقدير به فقدرناه باليوم واذا اشترط في جميع هذه الوجوه تعجيل الاجر وتاخيره فهو على ما اشترط لانه اعرض عن قضية المعادلة ورعايتها لحقه فله ذلك الاعراض **قوله** وكذلك اجارة الاراضي لما بينا يعني اذا آجر الارض يطالب باجرة كل يوم لانه منفعة مقصودة فاذا بين وقت الاستحقاق فلا يطالبه الا في ذلك الوقت لانه بمنزلة التاجيل في الاجرة **قوله** ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة الثاني وكان قوله الاول ان لا يطالبه حتى يعود وهو قول زفر وقال صاحب الهداية وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر وفيه اشارة الى ان ما ذكره القدوري قول ابي حنيفة ثانيا وقال بعضهم في شرحه ان ما ذكره القدوري من العقد بمطالبة الاجرة كل مرحلة هو قول الكرخي ونقل عن مبسوط شمس الائمة والايضاح ثم قال واما قول ابي حنيفة المرجوع اليه لم يقدر بتقدير بل قال كلما سار سيرا له من الاجر شيء معروف فلذا نأخذه بذلك وهو قول ابي يوسف ومحمد فاقول نسبة ما ذكره القدوري الى الكرخي عجيب جدا فان الكرخي قد نص في مختصره انه قول ابي حنيفة الاخير الذي انه قال في مختصره وقال ابو حنيفة فيما لم وقت يطالبه باجرة كل يوم يمضي من مدة الاجارة وكذلك في المسافة على قدر ما قطع عنها فيما يمكن تحصيل جزء من اجزائه وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة في الذي يكترى الى مكة للجمال ان يطالبه بالاجرة يوما بيوم وهو قول ابي حنيفة

الاجير وهو ايضا قول محمد وقال ابو يوسف في الدور والمنازل اذا استاجر الرجل بيتا
منها شهرا باجر معلوم فليس له ان ياخذ الاجرة الا اذا مضى شهر وليس له ان يطالب قبل
ذلك روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد وروى عنه في الذي استاجر
ابلا الى مكة انه لا ياخذ الاجر منه حتى يسير الثلث او النصف وقال استحسن ذلك في الشقة
البعيدة وقال زفر اذا استاجر الرجل دارا كل شهر بعشرة دراهم او كل سنة بمائة درهم فليس له
ان ياخذ من الاجر شيئا حتى يمضي شهر في قوله في كل شهر وحتى يمضي سنة في قوله كل سنة فان
استاجر رضاعا عشر سنين بالف درهم لم يكن له ان يطالب بشيء من ذلك حتى يمضي المدة وكذلك
قال في الكرا الى مكة ذاهبا وجائيا انه لا يطالبه بالاجر حتى يذهب ويجي وهذا قول ابي حنيفة
الاول وهو قول ابي يوسف رواه محمد في الاصول وما في الاملاء فهو عندي قوله الاخر لانه قال
في رمضان سنة احدى وثمانين ومائة وهذا قبل موته بشهور الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
واراد بقوله وما في الاملاء ما روى عن ابي يوسف انه لا ياخذ الاجر حتى يسير الثلث او النصف
وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا استاجر ابلا الى مكة لم يلزمه تسليم الاجرة
حتى يرجع وهو قول زفر ثم رجع ابو حنيفة فقال كلما سار مرحلة طالبه بقدره وهو قولهما
الى هنا لفظ كتاب التقريب وقال في المختلف في باب زفر قال ابو حنيفة اولا وهو قول زفر
اذا استاجر ابلا الى مكان ذاهبا وراجعا ليس للموجر ان يطلب بعض الاجرة حتى يرجع وكذا قال
في اجارة الدار والعبد للخدمة ثم رجع ابو حنيفة وقال كلما سار مسيرا له من الاجر شي معلوم
فله ان ياخذ حصته وكذا في سكنى الدار وخدمة العبد الى هنا لفظ المختلف وقال في شرح
الطحاوي ثم الاجرة لا تخلو اما ان تكون معجلة او موجلة او منجمة او مسكوتا عنها اما اذا كانت
معجلة فانه يملكها وله ان يطالب بها لانهما هكذا شرطا قال عليه الصلاة والسلام المسلمون
عند شروطهم واما اذا كانت موجلة فليس له ان يطالبه بها ما لم يمض الاجل واما اذا كانت منجمة
فانه يطالبه بها عند كل نجم والمنجم هو ان يشترط في كل موضع كذا فاذا مضى نجم يجب عليه الاجرة
التي شرط فيه وان كانت مسكوتا عنها فان ابا حنيفة كان يقول اولا لا يطالبه ما لم يستوف
المنفعة كلها ثم رجع وقال يطالبه عند مضي كل يوم وهو قولهما الى هنا لفظ شرح الطحاوي
للامام الاسبيجابي وجه قول زفر فيما قلنا في مسئلة الدار وهو ان المعقود عليه وهو جملة
المنافع لم تكن مسلمة فلا يجب بدلها كما لا يجب اجرة الخياط ما لم يفرغ من يده قوله تم فان

ادمنعن ذكر فان تم هذا اجر رهن امر بدفع الاجرة بعد الارضاع ووجه ما روى عن ابي يوسف
من قوله الاخير ان النصف او الثلث قدر مقصود في المسافة الا ترى ان الانسان قد يريد هذا
القدر بالكرا ثم ينتقل الى مال اخر فصار حكم هذا القدر حكم الفراغ من العمل ووجه قول ابي حنيفة
الاخير ان كل مرحلة سير مقصود لا يشق المطالبة ببدلها فصار كل مرحلة هنا كاليوم في اجارة
الدار فيه يطالب باجرة كل يوم فكذا هنا بخلاف ما دون ذلك من الاجر لان المطالبة به تفضي
الى الحرج والضرر بحيث لا يتفرغ المستاجر لغير ذلك وليس للخياط والقصار ان يطالب باجرة
حتى يفرغ من العمل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يشترط التعجيل وذلك
لان خياطة بعض الثوب وقصارته غير منتفع به فما لم يفرغ من العمل ويسلم الى صاحبه
لا يجب له شيء بخلاف اشتراط التعجيل فان الاجرة حينئذ تستحق لان المستاجر اسقط حقه
في المساواة له فلو هلكت العين المعمول فيها فان كانت العين المعمول فيها في يد الاجير وعمله اثر كالخياطة
والقصارة فلا يجب الاجر الا بتسليم ذلك الاثر ولو هلك قبل التسليم في يده سقط الاجر
لانه لم يسلم المعقود عليه وان لم يكن لعمله اثر كالحمال والملاح فكما فرغ من العمل يجب الاجر
وان لم يسلم العين الى صاحبها لان المعقود عليه المنفعة ونفس العمل فاذا انتهت المدة وقد
فرغ من العمل صار مسلما فلا يسقط الاجر بالهلاك بعده واما اذا كان العين المعمول فيها في يد
المستاجر فان فرغ من العمل يستحق كل الاجر كما فرغ وان لم يفرغ يستحق بقدر عمله كذا في
التحفة فعلى هذا عرفت ان معنى ما قاله القدوري ما اذا كان الخياط يعمل في بيت نفسه اما
اذا كان يعمل في بيت المستاجر فله الاجر بقدر عمله وهو المذكور في شروح الجامع الصغير
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره كل من استوجر على عمل في شيء او عمل لشيء وذلك
الشيء في يده مثل الصباغ والخياط والقصار والصائغ والنجار والاسكاف وسائر
الصناع فعمله ذلك مضمون عليه ما دام في يده بالاجر المسمى له لا يبرا منه الا بتسليمه الى
صاحبه فان لم يسلمه حتى هلك بطل اجره ويكون العمل مضمونا بالاجر كالمبيع يكون مضمونا
بالثمن الى هنا لفظ الكرخي وقال ايضا في مختصره واذا استاجر رجلا ليبني له بناء في داره
او بيتا هو في يده او يعمل له ساباطا او جناحا او يحفر له في ذلك بئرا او قناة او نهرا او ما اشبهه
هذا فعمل العامل ثم لم يفرغ منه حتى انهدم البناء او انهار البئر او سقط الساباط فله اجر
ما عمل بحصته وذلك لان ذلك قد صار في يد المستاجر قبل هلاكه وهذا قول اصحابنا جميعا

فان استاجر علی عمل شیء من ذلک فی غیر ملکه ولا ما هو فی یده فلا اجر له حتی یفرغ ویسلم الیه اراه الموضع الذی یعمل فیه او لم یره وهذا قول محمد اذا اراه الموضع او لم یره وقال الحسن اذا اراه فهو بمنزلة ما هو فی ملکه ویده واذا لم یره فلا یکون مسلما حتی تخلی بینه وبینه الی هنا لفظ الکرخی وقال شیخ الاسلام علاء الدین الاسبیجابی فی شرح الکافی الذی هو مبسوط فی باب متی یجب الاجر للعامل واذا هلک الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فان اباحنیفه قال لا اجر له ولا ضمان علیه لانه لم یسلم العمل الی رب الثوب وکذلک سایر الصناع بایدیهم وانما فی قول من یضمن الاجیر المشترک فان شاء رب الثوب ضمنه قیمة الثوب مقصورا واعطاه الاجر وان شاء ضمنه قیمته غیر مقصور ولا اجر له وهو قول ابی یوسف ومحمد والاصل فی هذا الباب ان الاجیر المشترک لا یضمن الا ما جنت یداه عند ابی حنیفه وعندهما یضمن ما حصل فی یده بصنعه او بغیر صنعه بناء علی اصل وهو ان الحفظ هل هو واجب علیه بقضیة عقد الاجارة فعند ابی حنیفه رض العمل واجب بقضیته دون الحفظ وعندهما الحفظ والعمل هما یقولان بان الحاجة کما تمس الی العمل تمس الی الحفظ لان حفظ الثوب مطلوب المالک فاذا تلف الثوب فی یده کان مضافا الی تقصیره فی الحفظ فیکون مضمونا علیه کما لو تلف من عمله وابو حنیفه یقول المستحق بالعقد ما عقد العقد لاجله وانه عقد لاجل العمل لا الحفظ فکان الثوب فی یده امانة والامانة اذا هلکت من غیر صنعه لا یواخذ بضمانها ولا یستحق الاجر لانه یجب فی مقابلة العمل وانما یصیر العمل مسلما الی المستاجر بتسلیم محله ولم یوجد فصار کهلاک المبیع قبل التسلیم الی المشتری وثمه لا یجب الثمن کذلک ههنا ثم عندهما اذا ضمنه ان شاء ضمنه قیمة الثوب مقصورا واعطاه الاجر لانه قد سلم العمل الی الملک وحدثت بفعله زیادة فی الثوب فکان علیه الاجر وعلی الاجیر ضمان الزیادة مع الاصل وان شاء ضمنه قیمة الثوب ولم یاخذ اجر القصارة لانه هلک العمل قبل وصول العمل الی ید المستاجر حقیقة فاشبه هلاک المبیع قبل القبض ولو لم یهلک الثوب واراد صاحبه اخذه کان للصانع منعه حتی یوفیه اجره لان هذا عقد معاوضة فکانت المعادلة مرعیة فیه کما فی باب البیع فان منعه فهلک فالجواب علی ما تقدم والهلاک قبل المنع وبعده سواء لانه حبسه بحق فلم یکن متعدیا بالامساک فاذا تلف فی یده لا یواخذ بالضمان وان اراد ان یاخذ من الاجر مقدار ما عمل فیه قبل ان یفرغ منه لم یکن له ذلک حتی یفرغ منه لان الاجرة استحقت

فی مقابلة

فی مقابلة جملة العمل فما لم یوفه العمل لا یستحق علیه ایفاء الاجرة وایفاؤه انما یتصور بعد العمل لا قبله هذا اذا کانت القصارة واقعة فی ثوب واحد فاما اذا کانت فی ثوبین ففرغ من قصارة احدهما کان له ان یاخذ من الاجر بحساب ذلک لانه ینتفع به وحده الی هنا لفظ شیخ الاسلام علاء الدین وقال ایضا فی باب من استاجر اجیرا یعمل له فی بیته من شرح الکافی واذا استاجر رجل اجیرا یعمل له فی بیته عملا مسمی ففرغ الاجیر من العمل فی بیت المستاجر ولم یقبضه من یده حتی فسد العمل او هلک فله الاجر تاما علی المستاجر لان محل العمل فی ید المستاجر فصار العمل بواسطة المحل مسلما الیه فیستحق الاجر وکذلک لو استاجره یخیط له فی بیت المستاجر قمیصا فخاط بعضه ثم سرق الثوب فله من الاجر بقدر ما خاط اعتبارا لتسلیم البعض بتسلیم الکل فلو کان استاجره یخیط له فی بیت الاجیر لم یکن له شیء لانه لم یسلم العمل الی رب الثوب فصار هلاکه قبل التسلیم الیه کهلاک المبیع قبل التسلیم الی المشتری وثمه لا یستحق الثمن کذلک ههنا وقال القدوری انه لو استاجره لیبنی له حایطا معلوما فبنی بعضه او کله ثم انهدم فله اجر ما بنی لانه فی ملک صاحبه وکذلک حفر البئر فی ملکه وکذلک لو رجل یستاجر الخباز یخبز له فی بیته دقیقا معلوما باجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما فان سرق قبل ان یفرغ منه فله من الاجر بقدر ما عمل وان کانت تخبز فی بیت الخباز لم یکن له من الاجر شیء ولا ضمان علیه فیما سرق فی قول ابی حنیفه لانه امین وعندهما یضمن لان المحل دخل فی ضمانه فلا یبرا عنه الا بالرد الی المالک وقد بینا الوجه فیه الی هنا لفظ شیخ الاسلام فی شرح الکافی فعلم بهذا المجموع ان ما قاله صاحب الهدایة وکذا اذا عمل فی بیت المستاجر لا یستوجب الاجر قبل الفراغ فیه نظر لانه خلاف الروایة قوله لما بینا اشارة الی قوله لان العمل فی البعض غیر منتفع به قوله ومن استاجر خبازا لیخبز له فی بیته قفیزا من دقیق بدرهم لم یستحق الاجر حتی یخرج الخبز من التنور هذا لفظ القدوری فی مختصره وذلک لان الاجر لا یستحق الا بتمام العمل وقبل الاخراج من التنور لا یتم العمل فلا جرم اذا اخرجه استحق الاجرة فی تلک الحالة فان احترق البعض واخرجه استحق الاجرة بقدره لان العمل فی ذلک القدر صار مسلما الی صاحب الدقیق قال محمد فی الجامع الصغیر عن یعقوب عن ابی حنیفه فی رجل ادخل رجلا الی منزله استاجره یخبز له خبزا فلما اخرجه من التنور احترق من غیر فعله قال له الاجر ولا ضمان علیه الی هنا لفظ اصل الجامع الصغیر قالوا فی شروح الجامع الصغیر

اما عدم الضمان لانه هلك لا بصنعه واما وجوب الاجر فلانه ادى عمله وصار الخبز منتفعا
به فصح التسليم هذا اذا احترق في بيت المستاجر فان خبز خارج البيت فاحترق لا اجر له لانه
اذا خبز في بيته فكما فرغ من العمل يصير العمل مسلما الى المستاجر لان العمل اذا كان في بيته كان
في يده واما اذا خبز خارج بيت المستاجر فالعمل لا يصير مسلما الى المستاجر الا بالتسليم حقيقة
ولم يوجد وبدون التسليم لا يجب الاجر وانما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد
الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول اصحابنا جميعا
الا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب من استاجر
اجيرا يعمل له في بيته وان احترق الخبز في التنور قبل ان يخرجه فان ابا حنيفة قال في هذا
هو ضامن لانه مما جنته يداه بتقصيره في القلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا اعطاه
الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له اجر لانه اذا ضمنه قيمته مخبوزا فقد وصل العمل اليه
معنى بوصول قيمته اليه فكان له الاجر واذا ضمنه قيمته دقيقا لم يصل العمل اليه
لا صورة ولا معنى فلم يستحق الاجر وهذا قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظه في شرح الكافي
قوله وهذا عند ابي حنيفة اي عدم الضمان على الخباز اذا احترق الخبز بعد الاخراج
من غير فعله هو مذهب ابي حنيفة اما عندهما فعليه الضمان اقول في الجامع الصغير اطلق
بعدم الضمان ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكر الخلاف في شروح الجامع الصغير بل قالوا
لا ضمان عليه مطلقا فعلى هذا قال الجواب في الجامع الصغير يجري على عمومه اما عند
ابي حنيفة فلا ضمان عليه فلانه لم يهلك من صنعه واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وانما
ذكر الخلاف القدوري في شرحه لمختصر الكرخي برواية ابن سماعة عن محمد قال واذا اخرجه
من التنور فوضعه وهو يخبز في منزل المستاجر وقد فرغ فاذا احترق من غير جنايته
فله الاجر ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة لانه فرغ من العمل وصار مسلما له باخراجه
من التنور لانه في ملك المستاجر وهلاك الشيء من غير عمل الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان
عنده فاما على قول من يضمن الاجير المشترك فانه يضمن له دقيقا مثل الدقيق الذي
دفعه اليه ولا اجر له فان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا واعطاه الاجر وذلك لان
قبض الاجير المشترك عندهما مضمون فلا يبرا منه بوضعه في منزل مالكه كما يبرا من
ضمان المغصوب بذلك فاذا وجب عليه الضمان صار صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه

دقيقا

دقيقا واسقط الاجر لانه لم يسلم له العمل وان شاء ضمنه خبزا لانه صار العمل مسلما له فوجبت عليه
الاجرة قال ولا يضمنه الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان فوجب عليه
الضمان ولا قيمة له قوله ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه وهذه
من مسائل القدوري ايضا اراد بالغرف وضع الطعام في القصاع وهذا بناء على عرف الناس
وعاداتهم فان الطباخ هو الذي يتولى ذلك في عرفهم ومطلق العقد يتناول المعتاد اذا لم
يوجد شرط بخلافه في ذلك ولم يوجد الشرط فيكون المعتاد هو المراد والوليمة طعام العرس
والوكيرة طعام البناء والخرس طعام الولادة وما تطعمه النفساء نفسها خرسة وطعام الختان
اعذار وطعام القادم من سفره نقيعة وكل طعام صنع لدعوة مأدبة ومأدبة جميعا [illegible]
يدعو النقرى اذا خص وفلان يدعو الجفلى والاجفلى اذا عم كذا قال القتبي وغيره قوله
ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا في ملكه او في شيء هو بيده استحق الاجرة اذا اقامها عند ابي حنيفة
وقالا لا يستحقها حتى يشرجها وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
رح في مختصره واذا استاجره ليضرب له لبنا في ملكه او في شيء هو في يده فان نصب اللبن
لا يكون قابضا حتى يجف اللبن وينصبه في قول ابي حنيفة لا اختلاف عنه في ذلك وعند ابي يوسف
ومحمد حتى يشرجه فان هلك اللبن قبل الحد الذي حده كل واحد منهم في قوله فلا اجر له
وان كان بعده فله الاجر وان كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوبا
عند ابي حنيفة ومشرجا عند ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي قال في الشرح الطحاوي وقت التسليم
هو ان يخلي بين المستاجر وبين اللبن ولكن في اي وقت يصح التسليم عند ابي حنيفة اذا اقامه
وعندهما ما لم يشرجه لم يصح التسليم وجه قولهما ان اللبن لا يؤمن فساده قبل التشريج
فصار اللبن قبله كالخبز في التنور قبل الاخراج ووجه قول ابي حنيفة ان اللبن بعد النصب
ينتهي عمله ويصير على صفة يمكن الانتفاع به الا ترى انه يؤخذ من ذلك المكان فيبنى به
فصار كالخبز بعد الاخراج ولان التشريج زيادة عمل بعد الفراغ من المقصود فصار كنقله
الى موضع الاستعمال وذلك غير واجب عليه فكذا التشريج وقولهما لا يؤمن فساده قبل
التشريج ضعيف لان العين صارت منتفعا بها فلا يعتبر بعد ذلك بالطارئ من اسباب
الفساد كما بعد التشريج وليس ذلك مثل الخبز في التنور اذ العمل لم ينته بعد لانه لا ينتفع
به في التنور عادة قطعا لعرف قوله ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا اي يتولى التشريج

في عادات الناس والعرف هو المعتبر فيما لم يكن مشروطا وتشريح اللبن تصنيده وضم بعضه
الى بعض **قوله** قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين
حتى يستوفي الاجر اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وجميع من
ذكرنا يعني من الصباغ والخياط والقصار والصايغ والاسكاف والنجار وساير الصناع ان
يحبسوا ما في ايديهم مما لهم العمل فيه او مما عملوه حتى يقبضوا الاجر وليس للستاجر قبض ذلك
حتى يدفع الاجر بمنزلة المبيع يحبسه البايع حتى يستوفي الثمن وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد والحسن بن زياد واما الحمال والجمال والملاح يستاجر على حمل شي فليس لهم حبس ما حملوه
لانه لا عمل لهم فيه قايم ولا تاثير وقال محمد فان حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب وقال ابو يوسف
في الحمال يطلب اجره بعد ما بلغ المنزل قبل ان يضعه فليس له ذلك الى هنا لفظ الكرخي واما
كان للعامل بما له اثر في العين ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان البدل يستحق في مقابلة
ذلك الاثر فكان له حبسه حتى يستوفي كما للبايع حبس المبيع وما ليس له اثر لا يثبت له حق الحبس
لان العمل المعقود عليه ليس بموجود في العين فلم يجز حبسها كما لا يجوز حبس الوديعة بدين
على صاحبها كذا ذكر القدوري في شرحه وقال فخر الدين قاضي خان واما القصار اذا قصر الثوب
هل له حق الحبس لاستيفاء الاجرة قالوا ان ظهر اثر عمله في الثوب باستعمال النشا ستجه
او بالدق كان له حق الحبس وان لم يكن عمله الا الغسل لا يكون له حق الحبس لان البياض
كان موجودا في الثوب الا انه كان مستترا وقد ظهر بعمله فكان له حق الحبس كذا ذكر في شرح
الجامع الصغير وهذا اذا عمله في دكانه اما اذا خاط الخياط او صبغ الصباغ في بيت المستاجر
فليس له حق الحبس كذا في خلاصة الفتاوى وقال في قسم المبسوط من الشامل في باب الاستصناع
القصار يحبس والغسال لا يحبس لان الدق والنشا حصل فيه بخلاف البياض لانه كان
ظهر اني هنا لفظ الشامل وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في بابه الرجل يستصنع
الشي وللاسكاف وجميع هولاء الصناع اذا رضي المستصنع العمل واجازه ان لا يدفع اليه
المتاع حتى ياخذ منه الاجر وهذا اذا كان لعمله يبقى اثره في المحل كالقصارة والخياطة
لان اثر عمله قايم فكان له حق الحبس حتى يستوفي الاجرة بخلاف الغسل لانه لم يبق اثر في المحل
فلا يملك الحبس الا ان يكون موجلا فلا يملك منع المتاع منه حينئذ لان التسليم عين واجب
عليه للحال فلا يملك الحبس كما لو باع شيئا بثمن موجل اليس انه لا يملك الحبس فكذلك ههنا

وقال

وقال ايضا في باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته من شرح الكافي وكل شي اذا هلك لم يكن
له فيه اجر فله ان يحبسه حتى ياخذ الاجر لان سقوط الاجر بالهلاك دل على كونه في يد العامل
فيملك الحبس لاستيفاء الاجرة كما ملك حبس المبيع لاستيفاء الثمن وكل شي اذا هلك كان
له الاجر فليس له ان يحبسه حتى ياخذ الاجرة لانه كما وقع وقع مسلما والحبس بعد التسليم لا يجوز
لانه قد سقط فلا يعود وان حبسه فهلك عنده ضمنه لانه حبسه بغير حق فكان غاصبا فيضمن
واذا عمل القصار والصباغ والخياط واشباههم في بيت الذي استاجرهم لم يكن لهم ان يحبسوا
المتاع بالاجر لان العمل وقع مسلما الى المالك لان المحل في يده وهم صانعون له ما جنت ايديهم
في قول ابي حنيفة مما عملوا في بيت المستاجر مثل ما يضمنون مما عملوا في بيوتهم لان الجناية سبب
لوجوب الضمان انما وجدت فرق بين هذا وبين الملاح اذا غرقت السفينة بمده وصاحب
المتاع فيها حيث لا يضمن المتاع لان المتاع في يد مالكه حقيقة والمد تقترف بلا في السفينة
دون المتاع فمتى كان ماذونا فيه من قبل المالك لم يكن متعديا في السبب فلا يواخذ بالضمان
قوله وسنبين بعد هذا اشارة الى ما ذكره اول باب ضمان الاجير وهو ان الاجير المشترك
لا يضمن فيما هلك في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة ويضمن عندهما وسيجي بيانه
ذلك ثمة ان شاء الله تعالى **قوله** وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين
للاجر كالحمال والملاح وهذا لفظ القدوري ايضا وقد مر بيانه ويروى قوله كالحمال بالحاء
والجيم جميعا والحكم فيهما واحد ولهذا ذكرهما الكرخي جميعا في مختصره وقد مر ايضا والاولى
ان يروى هنا بالحاء لان الحمل يجوز ان يقع على الظهر وعلى الدابة فيكون اعم من لفظ الجمال
بالجيم فكان اولى **قوله** وغسل الثوب نظير الحمل اراد به الغسل بمجرد ازالة الدرن
يعني كما ان الحمل لا اثر له قايم في العين فكذلك الغسل فلهذا لا يحبس بالاجر فكذا ههنا قالوا في شرح
الجامع الصغير ولا يلزم على هذا الابق اذا رده انسان حيث يحبسه بالجعل وان لم يكن
لعمله اثر في العين قايم لان ما لسيده كانت على شرف الهلاك فبالرد احياه وصار كانه ملكه
ابتداء فكان له حق الحبس ولم يكن العين فيما نحن فيه على شرف الهلاك فلا يكون له حق
الحبس لانعدام معنى التمليك وانعدام الاثر القايم بالعين **قوله** وهذا الذي ذكرنا ٥
مذهب علمائنا الثلثة اي هذا الذي ذكرناه من حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان
لعمله اثر هو مذهب علمائنا الثلثة وهو مذهب الحسن بن زياد ايضا وقد روى مذهبه

الكرخي كذلك قبل هذا وقال زفر والشافعي ليس له حق الحبس سواء كان لعمله اثر في العين
او لم يكن وهو معنى قوله في الوجيه في المتن وذكر العتابي قول الشافعي كقول زفر وجه
قول زفر ان المعقود عليه وهو العمل صار مسلما فلا يجوز الحبس بعد التسليم كالبايع اذا سلم
المبيع ليس له حق الحبس وكذا الخياط اذا خاط في بيت المستاجر ليس له حق الحبس فكذا هنا
ولنا ان التسليم الى المستاجر لم يوجد لان ابتداء العمل تحصيل وايجاد له لا تسليم واتصال
عمله بالعين التي هي ملك المستاجر لضرورة اقامة العمل اذ لا يمكن العمل فيها الا بالاتصال بها
فما ثبت من الاتصال بالاضطرار لا يدل على الرضا بالتسليم فلم يكن ذلك بعد التسليم حبسا
فكان له حق العمل الذي بمنزلة المبيع والعمل وان تلاشى فاثره قائم فجعل بقاء الاثر كبقاء
اصل العمل فجعل له حق الحبس لاستيفاء الاجر اذا كان حالا بخلاف ما اذا كان موجلا
حيث لا يكون له حق الحبس كما لا يحبس المبيع اذا كان الثمن موجلا **قوله** ولنا ان الاتصال
بالمحل اي اتصال عمل الاجير بالمحل الذي يعمل فيه **قوله** فلم يكن هو راضيا به اي لم يكن
الصانع راضيا باتصال العمل على انه تسليم فاذا لم يكن راضيا بذلك لم يكن وقوع العمل في يد
المستاجر مانعا من الحبس بالاجرة كما لو وقع المبيع في يد المشتري بلا رضى البايع **قوله** قال
واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره. قال القدوري في مختصره
وذلك لان اعمال الصناع فيها تتفاوت بين عمل وعمل فاذا شرط عمل الاجير بنفسه كان ذلك
شرطا مفيدا فيعتبر فليس له ان يخالفه ويستعمل غيره اما اذا اطلق العمل كان المراد منه
نفس العمل فله ان يستعمل غيره لان المطلق ينصرف الى ما هو المعتاد والمتعارف بين الناس
يشترطون والصناع يعملون في العادات بانفسهم وباجرائهم فكان له ان يعمل بنفسه وباجيره
وهذا لان المعقود عليه مطلق العمل في الذمة وذلك موجود في فعله وفعل غيره فيجوز
ان يوفيه باستعانة غيره كما في ايفاء الدين وفي الصورة الاولى المعقود عليه العمل المقيد
وهو العمل الواقع من شخص بعينه فلا يجوز تركه الى غيره كما في استيجار الدابة للركوب
اذا قيد ركوب شخص ليس له ان يركب غيره فاذا اطلقه جاز ان يركب من شاء على ما يجي
بيانه بعد هذا وكذا لو استاجر دابة بعينها للحمل ليس للموجر ان يسلم غيرها فاذا استاجرها
للحمل ولم يعينها جاز له ان يسلم اي دابة شاء ونقل عن الامام حميد الدين الضرير ان
صورة المسالة فيما اذا قال للخياط مثلا على ان تعمل بنفسك او بيدك اما اذا قال ان تعمل

فهو مطلق

فهو مطلق **قوله** لما ذكر في اباب المتقدم استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل
عدم استحقاق تمام الاجر وبعض الاجر وقدم مسايل الباب على مسايل هذا الفصل لان
الاصل وجوب الاجر كاملا عند صحة الاجارة ونقصانه او عدمه بعارض هذا ما لاح لي
من وجه المناسبة **قوله** ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجي بعياله
فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه وهذه من مسايل الجامع
الصغير قال محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا ليذهب الى البصرة
فيجي بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فحمل من بقي قال له من الاجر بحساب ذلك الى
هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير معنى المسالة اذا
كان عياله معلومين وذلك لان الاجر مقابل بحملهم جميعا فاذا حملهم جميعا كان يستحق جميع
الاجر فلما اوفى بعض المعقود عليه دون البعض استحق الاجر بقدر ما اوفى وبطل بقدر
ما لم يوف **قوله** وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجي بجوابه فذهب
فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر رجلا ليذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويجي
بجوابه فذهب فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب قال لا اجر له وقال محمد له الاجر في الذهاب
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد فيه قول ابي يوسف وقال في الحصر والمختلف
ذكر ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد وغيره مع ابي حنيفة وذكر القدوري في كتاب التقريب
وفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وقال فخر الدين
قاضي خان في شرحه للجامع الصغير واختلف المشايخ في قول ابي يوسف والاصح ان قوله
كقول ابي حنيفة رضه واجمعوا على انه لو ترك الكتاب ثمه ولم يرده الى المرسل يستحق اجر
الذهاب واجمعوا على انه لو ذهب الى البصرة ولم يحمل الكتاب فلا يستحق الاجر واجمعوا على انه
لو استاجره رسولا ليبلغ الرسالة الى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد فلانا يستحق الاجر الى
هنا لفظ قاضي خان والاصل هنا ان المعقود عليه اذا انتقض بطل الاجر بالاتفاق ولكن
الخلاف في ان الاجر مقابل بايصال الكتاب الى المكتوب اليه ام مقابل بحمل الكتاب وقطع المسافة
به فقال محمد انه مقابل بقطع المسافة بالكتاب لا بحمل الكتاب وجوابه الى الكاتب لان حمله يسير
لا يقابل به البدل غالبا لخفة مؤنته في قطع المسافة وقع في الذهاب للمستاجر فوجب اجر الذهاب

ولم يتم قطعها في العود للمستاجر فلم يجب اجرة وذلك لانه اوفى بعض المعقود عليه دون البعض فوجب الاجر بحساب ذلك كما لو استاجره على حمل طعام الى البصرة فحمل بعضه وجه قولهما انه المقصود من الاستيجار على حمل كتاب الى فلان بالبصرة هو ايصال كتاب اليه لانه حمله وانما الحمل وسيلة الى ذلك والاجر يقابل بما هو المقصود من العقد دون الوسيلة فاذا رد الكتاب ولم يوصله الى المكتوب اليه فقد ابطل عمله قبل التسليم فلا يستحق الاجر كمن استاجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاطه ثم فتقه لا يجب له الاجر لانه نقض عمله فكذا هنا ضار كمن استوجر لحمل طعام الى فلان بالبصرة فحمله ثم رده الى بغداد فلا اجر له فاشبه ما اذا كان المكتوب اليه حيا ولم يوصله اليه بخلاف ما اذا ترك الكتاب ثمه حيث يجب له اجر الذهاب لانه لم ينقض عمله بل اتى بما في وسعه وامكانه وقال في خلاصة الفتاوى ان لم يرد الكتاب لكنه دفعه الى وارثه او وصيه يجب الاجر بالاجماع ولم يذكر انه اذا وجد فلانا غائبا فترك الكتاب هناك ورجع يعني لم يذكر محمد في الجامع الصغير فمن مشايخنا من قال هذا على الاختلاف الذي ذكرنا ومنهم من قال يجب اجر الذهاب بالاتفاق هذا اذا شرط عليه المجي بالجواب فلم يذكر في الكتاب يعني في الجامع الصغير فنقول اذا لم يشترط وترك الكتاب ثمه حتى يوصل اليه اذا حضر بان كان غائبا والى ورثته ان كان ميتا فيستحق الاجرة كملا وكذا لو جاء ودفع الكتاب اليه فلم يقراه حتى عاد من غير جواب له الاجر كملا لانه اتى بما في وسعه ولو لم يجده او وجده لكنه لم يدفع الكتاب بل رد الكتاب فلا اجر له وقال محمد له اجر الذهاب ولو نسي الكتاب ههنا لا يستحق اجر الذهاب بالاجماع ولو استاجره ليبلغ رسالة الى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل اليه او وجده لكنه لم يبلغ الرسالة فرجع فله الاجر والفرق بين الرسالة والكتاب ان الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بان يطلع عليه غيره اما الكتاب فمختوم يعني لو ترك الكتاب مختوم ما لا يطلع عليه غيره قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رح لا نسلم فصل الرسالة هو والكتاب سواء فاما في الطعام اذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن عند اصحابنا الثلثة كذا في الخلاصة قوله لهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه اي المعقود عليه نقل الكتاب الى المكتوب اليه لانه الايصال وهو النقل اليه هو المقصود من عقد الاجارة او نقل الكتاب اليه وسيلة الى ما هو المقصود والمقصود هو علم المكتوب

اليه ما في الكتاب ولكن الحكم وهو وجوب الاجرة معلق بنقل الكتاب الى المكتوب اليه لان علم ما في الكتاب لا يحصل للمكتوب اليه قبل النقل اليه وقد نقض الاجير النقل وهو عمله قبل التسليم فيسقط الاجر كما في الطعام اذا رده بعد الحمل قوله وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا وهذه من مسائل الجامع الصغير ايضا اي في قول علمائنا الثلثة والفرق لمحمد ان نقل الطعام عمل يقابل به الاجر لان في اقامته حرجا وقد نقضه اما حمل الكتاب فليس بعمل يقابل به الاجر لانه في اقامته حرجا ليسيره وخفة مؤنته وانما يقابل الاجر بقطع المسافة وقد قطعها في الذهاب له ثم في هذه المسئلة خلاف زفر فعنده يجب الاجر وهو غاصب في الرجوع كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لنا انه نقض العمل حيث رد الطعام فصار كانه لم يحمله اصلا فلا يجب الاجر كالخياط اذا خاط ثوبا ثم فتقه ولئن قال انه لما حمل الطعام الى البصرة انتهت اجارته فوجب الاجر وصار في الرد غاصبا كمن باع طعاما وسلمه الى المشتري ثم استرده منه يجب الثمن على المشتري والبائع غاصب للطعام فيجب عليه رده او رد مثله فكذلك هنا ولا نسلم ان الاجر يجب بمجرد حمل الطعام الى البصرة لان المعقود عليه هو حمل الطعام الى فلان بالبصرة ولم يوجد حمله الى فلان فلا يجب الاجر قوله بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد اي بخلاف مسئلة حمل الكتاب الى فلان بالبصرة فان فيها يجب اجرة الذهاب على قول محمد وفي مسئلة حمل الطعام اذا رده لا يجب الاجر بالاتفاق وقد مر بيانه قوله هناك اي في مسئلة الكتاب قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من دليل محمد بقوله لانه ادى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة والله اعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما ذكر ركن الاجارة وشرطها من كون المعقود عليه معلوما والاجرة معلومة وذكر ايضا اي وقت يستحق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ او تقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا قوله قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وله ان يعمل كل شئ الا الحداده والقصارة والطحانة قيل صورة المسئلة فيما اذا قال استاجرت هذه الدار بكذا شهرا ولم يبين شيئا يعمل فيها الا السكنى ولا غيرها فعلى هذا يكون قوله للسكنى متصلا بالدور والحوانيت اي استيجار الدور والسكنى وحوانيت السكنى من غير ان يبين ما يعمل فيها جائز

وهذا صحيح لان شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ذكره في شرح الكافي الذي هو مبسوط
في اول باب اجارة الدور والبيوت واذا استاجر الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذي يريد ما
له فان ابا حنيفة قال هو جائز وله ان يسكنها ويسكنها من شاء ويضع ما بدا له من الثياب
والمتاع والحيوان ويعمل فيها ما بدا له من الاعمال ما خلا الرحى والحدادة والقصارة فان هذا
شين بالبناء وليس له ان يفعله الا برضا صاحب الدار ويشترط عليه في الاجارة وهو قول
ابي يوسف ومحمد وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان المنافع تختلف باختلاف الاعمال
فصار كما لو استاجر دابة ولم يبين انه يركبها او يحمل عليها فانه لا يجوز كذا ههنا وجه
الاستحسان ان المقصود من الدار انما هو السكنى وحفظ الامتعة وهذا لا يتفاوت بتفاوت
الناس ولهذا لو استاجر دارا ليسكنها كان له ان يسكنها غيره بخلاف الدابة لان منافعها تتفاوت
بتفاوت الاستعمال فلا بد من بيان الجهة ليصير المنافع معلومة فان كان في الدار موضع معد
لربط الدواب كان له ذلك والا فلا لانه يؤدي الى فساد الدار اذ ربط الدواب في موضع
السكنى افساد فلا يجوز بخلاف الحدادة والقصارة لان هذا يضر بالبناء ويوهنه فلا يملكه
الا بالشرط كذلك الرحى وقال ابو يوسف ومحمد كل عمل يفسد البناء ويوهنه فهو مثل الحدادة
والقصارة والرحى لما ذكرنا انه يفسد البناء فكان في معناه قال ولو استاجرها للسكنى كل
شهر بكذا فله ان يربط فيها دابته وبعيره وشاته ويسكنها من احب وهذا اذا كان فيها
موضع معد لذلك على ما بينا كذا ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي رح وقد روى محمد بن
الحسن في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن ابي حصين عن ابن رافع عن ابيه عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه مر بحائط فاعجبه فقال لمن هذا فقال لي يا رسول الله استاجرته قال
لا تستاجره بشيء منه وهذا الحديث دل على جواز اجارة العقار اذ لو لم يجز لم يكن للتخصيص
فائدة ويجوز ان يتعلق قوله للسكنى بالاستيجار اي يجوز استيجار الدور والحوانيت لاجل
السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله ان يعمل فيها كل شيء لا يوهن ولا يفسده وهو الظاهر
من كلام القدوري **قوله** لان العمل المتعارف فيها السكنى يعني ان المقصود من الدار
في العرف هو السكنى فينصرف مطلق العقد الى المتعارف وانه ليس بمتفاوت فيصح العقد
وله ان يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده كالطبخ والخبز والخياطة وغسل الثوب
ونحو ذلك بخلاف ما يوهن البناء فانه ليس له ذلك كالحدادة والقصارة والطحانة **قوله**

الا انه لا يسكن استثناء من قوله وله ان يعمل كل شيء وقوله يسكن بفتح الياء من الثلاثي المجرد
فيكون على هذا انتصاب قوله حدادا او لا قصارا او لا طحانا على الحال ويفهم على هذا التقدير
عدم اسكانه غيره بطريق الدلالة ويجوز بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب كل منها على انه مفعول به
فعلى هذا التقدير يفهم عدم سكناه بنفسه بطريق الاشارة لانه انما لم يجز ان يسكن غيره لان ذلك
يوهن البناء وفي سكنى نفسه ملتبسا بهذه الاشياء هذا المعنى حاصل فكان في منعه عن اسكانه
غيره اشارة الى منعه عن سكناه والله اعلم وانما قلنا ان الاول دلالة لانه لما لم يملك السكنى
بنفسه فلان لا يملكها غيره بالطريق الاولى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رح في شرح
الكافي واذا استاجر بيتا على ان يقعد فيه قصارا فاراد ان يقعد فيه حدادا فله ذلك اذا كان
مضرتهما واحدة ومضرة الحداد اقل لانه لا يلحقه فيه ضرر زائد فكان له ذلك وان كان اكثر
مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الرحى والمسلم والذمي والحربي والمستامن والحر
والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الاجارة لانه عقد يتوسل به الى اقامة المصالح الدنيا وية
وكل واحد من هؤلاء يملك اقامة مصالح دنياه ولانه نوع تجارة وكل واحد منهم يملك التجارة
وقال بعد هذا في هذا الباب قريبا من خمسة عشر ورقة رجل تكارى بيتا ولم يسم ما يعمل
فيه فهو جائز وليس له ان يعمل فيه القصارة ونظايرها لان البيت يقصد به السكنى و
وضع الامتعة وكانت المنفعة المطلوبة منه متعينة فلا يحتاج الى التعيين ومتى تعين
السكنى فكل عمل يكون في معنى السكنى ولا يضر بالبناء يملكه وكل ما عاد ضرره الى البناء لا يملكه
لانه ليس في معناه فان عمل القصارة فيه فانهدم البيت من عمله فهو ضامن لانه صار مخالفا
فانقلب غاصبا ولا اجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وانما كان كذلك لانا جعلنا
فعله اتلافا من الابتداء والاتلاف لا يقابل الاجر وان سلم اوجبت عليه الاجر استحسانا
لان في القول بنفاذ العقد في هذه الحالة نفع راجع الى السيد من غير ضرر يلزمه فحكمنا بالنفاذ
عليه **قوله** ويجوز استيجار الاراضي للزراعة هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها او يقول على ان يزرع فيها ما شاء اعلم اولا
ان الاراضي يجوز استيجارها للزراعة لان منفعتها معلومة يمكن استيفاؤها فجاز الاستيجار
كالاستعارة ثم لما جاز استيجارها لا يصح الاستيجار حتى يبين ما يزرع فيها من انواع
الزراعة او يقول ان يزرع فيها اي نوع شاء وذلك لان ما يزرع متفاوت لان منه ما يضر بالارض

ونقصانها به ظاهر ولا يصح العقد مع جهالة المعقود عليه فلا بد من بيان النوع المزروع
ليتم العقد صحيحا بارتفاع الجهالة اما اذا قال على ان يزرع فيها ما شاء جاز العقد بلا بيان
النوع لان عدم الجواز كان لدفع الضرر فاذا رضي صاحب الارض بذلك جاز لان المنفعة في جميعه
معلومة ثم لما جاز استيجار الارض للزراعة وصح دخل الشرب والطريق لان الاجارة تعقد
للانتفاع ولا انتفاع بالارض اذا لم يدخل الشرب والطريق فيدخلان ليتحقق الانتفاع بخلاف
ما اذا باع الارض او البيت حيث لا يدخل الطريق والشرب الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه
او يقول بكل قليل وكثير هو فيه او منه وهذا لان المقصود من البيع هو تملك الرقبة لا الانتفاع
بعينها ولهذا يجوز بيع الجحش الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الارض السبخة ولا يجوز اجارتها
لعدم الانتفاع وقد مر بيانه في باب الحقوق وهو المراد من قوله وقد مر في البيوع قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وكان الفقيه ابو جعفر يقول اذا كانت الاجارة في بلادنا
فالشرب لا يدخل فيها الا بالشرط وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن استاجر
حانوتا ولم يسم ما يعمل فيه فله ان يعمل فيه ما بدا له الا انه ليس له ان يجعل فيه حدادا ولا قصارا
ولا طحانا وكذلك كل ما يوهن البناء وكذلك كل شيء استوجر ولم يبين ذلك فله ان يعمل فيه
جنس ذلك العمل الا في اشياء معدودة اذا استاجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها او استاجر
ثوبا ولم يبين من يلبسه او استاجر قدرا ولم يبين ما يطبخ فيها او استاجر ارضا للزراعة
ولم يبين ما يزرع فيها فالاجارة في هذا كله فاسدة فان اختصما قبل ان يعمل فان القاضي
يفسخ العقد بينهما وان استعمله قبل الفسخ يتعين اول الراكب واول اللابس فكذلك اذا
طبخ في القدر او زرع في الارض يتعين الاول وجازت الاجارة ويجب الاجر المسمى الى هنا
لفظه **قوله** ما يزرع فيها وهو مذكور في نسختي الاول على صيغة المبني للفاعل والثاني
على صيغة المبني للمفعول **قوله** للزراعة ولغيرها اراد بغير الزراعة البناء والغرس
وطبخ الاجر والخزف ونحو ذلك من سائر الانتفاع بالارض **قوله** قال ويجوز ان يستاجر
الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا اي قال القدوري في مختصره وذلك لانها
منفعة معلومة يمكن استيفاؤها من الارض فجاز العقد عليها كالسكنى والساحة بالحاء المهملة
هي الارض الخالية من البناء والشجر **قوله** ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع
البناء والغرس ويسلمها فارغة وهذا لفظ القدوري ايضا وقال في اخر كتاب الاجارات

من

من الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله اذا انقضت الاجارة وقد جعل في الارض
رطبة قلعت الرطبة وذلك لانه ليس لها نهاية معلومة فلو لم تقلع الرطبة او البناء والغرس
بطل حق صاحب الارض فوجب ردها فارغة كما اذا استاجرها للسكنى بخلاف ما اذا انقضت
مدة الاجارة وفي الارض زرع لم يدرك حيث يترك باجر المثل الى ان يدرك واذا مات احد المتعاقدين
قبل انقضاء المدة يترك الزرع بالاجر المسمى قال صاحب الاجناس نقلا عن كتاب المزارعة
وان مات رب الارض وفي الارض زرع قبل انقضاء المدة يترك بحساب المسمى الى وقت ادراك
الغلة ومثله لو انقضت المدة يترك باجر مثلها وفرق بينهما بانه بانتهاء مدة الاجارة لم يبق
حكم ما تراضيا من المدة الا ترى بانقضاء المدة ارتفعت فاحتيج الى تسمية جديدة ولا كذلك
قبل انقضاء المدة لانه بقي بعض المدة التي سمياها فلم يرتفع حكمها فاستغنى عن تسمية جديدة
وقال في شرح الاقطع وقد قال الشافعي في هذه المسئلة انه اذا شرط في العقد قلعه بعد
انقضاء المدة فله المطالبة بالقلع وان اطلق العقد فالموجر بالخيار ان شاء طالبه بالقلع وضمن
له النقصان الذي يحصل بالقلع وان شاء اعطاه القيمة وملك الغرس وان شاء تركه باجر
المثل كما اذا انقضت المدة وفي الارض زرع وجوابه ان القلع يجب في الزرع ايضا كما في الغرس
الا ان الزرع له نهاية معلومة وقتها قريب فامكننا منفعة الزرع الى الادراك بالاجر رعاية
للحقين والغرس ليس له نهاية معلومة ينتظر قلعه فيها فكان في تبقيته ابطال حق صاحب
الارض فلذلك وجب قلعه للحال فظهر الفرق وانما قلنا ان فيه رعاية الحقين لانه لو
قلع الزرع للحال يتضرر المستاجر ولو ترك الى الادراك بلا اجر يتضرر صاحب الارض فكان
في تبقيته بالاجر رعاية الحقين لا محالة ونظير مسئلة الزرع في الغرس ان تنقضي المدة وفي الغرس
ثمر لم يدرك انه يبقى الغرس باجر المثل الى حين ادراكها **قوله** قال الا ان يختار صاحب
الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه اي قال القدوري في مختصره وهذا استثناء من
قوله لزمه ان يقلع البناء والغرس قال صاحب الهداية وهذا برضا صاحب الغرس
والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه يعني اذا اختار صاحب الارض
غرامة قيمة البناء والشجر له ذلك ولكن برضا صاحب البناء والغرس لاجل الا اذا كان في القلع
نقصان بالارض فحينئذ يتملكهما صاحب الارض بقيمتهما مقلوعين بلا رضا صاحب الغرس
والشجر وذلك لان الغرس تبع للارض الا ترى انه يدخل في البيع من غير ذكر وتسمية وفي قلعه

ضرر بالارض فيوقف القلع على اختيار صاحب الارض ان شاء قلع وان شاء تركه فيلزمه
قيمة ذلك لانه عين مال متصل بملكه فاذا لم يسلمه وجب عليه قيمته ولكن مقلوعا لانه واجب
القلع فانه مقلوع عادة والغرس يروى بالفتح والكسر جميعا والثاني ظاهر والاول على ارادة
المغروس من المصدر **قوله** قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا
اي قال القدوري في مختصره يعني اذا رضي صاحب الارض بترك البناء والغرس كما كان محسنا
يترك كذلك ويكون البناء والغرس لصاحب البناء والغرس والارض لصاحب الارض وذلك
لان الارض تصير عارية في يده وذلك جائز ولهما ان يواجراها من اجنبي فان فعلا فلهما ان
يقتسما الاجر على قيمة الارض من غير بناء وعلى قيمة البناء من غير ارض فياخذ كل واحد
منهما حصته ذلك كذا في شرح الاقطع **قوله** قال ويجوز استيجار الدواب للركوب
والحمل اي قال القدوري في مختصره وذلك لما روى الواحدي في كتاب اسباب نزول القرآن
باسناده الى العلاء بن المسيب عن ابي امامة التيمي قال سالت ابن عمر فقلت انا قوم نكري
في هذا الوجه وان قوما يزعمون انه لا حج لنا قال الستم تلبون الستم تطوفون بين الصفا
والمروة الستم الستم قال بلى قال ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عما سالت عنه
فلم يدر ما يرد عليه حتى نزلت ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فدعاه فتلى عليه
حين نزلت فقال انتم الحجاج فدل الحديث ان استيجار الدواب جائز ولان الاجارة وردت
على محل منتفع به لتملك منفعة معلومة لان المنفعة تصير معلومة بالتقدير بزمان او بمكان
وقدرها بالانتفاع فيجاز **قوله** فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء هذا لفظ
القدوري في مختصره اعلم اولا انه اذا استاجر دابة للركوب مطلقا ولم يسم من يركبه
لا يصح الاجارة وكذا اذا استاجر ثوبا للبس ولم يبين من يلبسه وكذا اذا استاجر قدرا
للطبخ ولم يسم ما يطبخ فيها وكذا اذا استاجر ارضا للزراعة ولم يسم ما يزرع فيها وقد
روينا ذلك عن شرح الطحاوي عند بيان قوله ويجوز استيجار الاراضي للزراعة فبعد ذلك
ان قال قائل كيف قال القدوري هنا فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء قلت
المراد من الاطلاق التعميم في الاجارة بدون التقييد بركوب شخص بعينه بان قال اجرتكها
على ان تركب من شئت ولهذا قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره انما يريد به اذا اوقع
العقد على ان يركب من شاء وذلك لانه اذا اطلق الركوب فعقد الاجارة فاسد لان الركوب

يختلف

يختلف اختلافا كثيرا لان الناس يتفاوتون في الركوب فان من شخص ثقيلا كالحبشي فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح
العقد فان قال تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه انما منعنا من صحته
لحق المالك للضرر الذي يحصل في بعض الركوب فاذا رضي به صار المعقود عليه معلوما فجاز
كما في الارض اذا قال على ان تزرع فيها ما شاء ثم اذا انعقدت الاجارة في اطلاق الركوب واستعملها
قبل الفسخ يتعين اول الراكب وكذا في الثوب ونحوه وقد مر ذلك قبل هذا ثم فيما اطلق الركوب
وقال على ان تركب من شئت اذا ركب هو او اركبها غيره ليس لاحد ان يركبها بعد ذلك لان
الناس يتفاوتون في الركوب فلما تعين اول الراكب ليس لغيره ان يركبها وكذا اذا قال اجرتك
هذا الثوب لتلبسها من شئت فاذا لبس هو او البسه غيره يتعين مراد فليس لغيره ان يلبسه
بعد ذلك لان الاول صار كانه نص عليه من الاصل **قوله** وان قال على ان يركبها فلان
او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا هذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان الركوب يتفاوت تفاوتا فاحشا لان الناس يتفاوتون في العلم بالركوب
رب خفيف يكون ركوبه اضر على الدابة لجهله ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه فان
اركبها غيره كان ضامنا لان الركوب لما كان مختلفا باختلاف المستعمل صار كالجنسين فلو
استاجرها لجنس من المنفعة واستوفى غيرها كان غاصبا ضامنا فكذلك هذا فيضمن ولا
اجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وكذا اللبس يختلف باختلاف المستعمل فاذا البسه
غيره كان ضامنا اذا عطب وان سلم لم يجب الاجرة ايضا وفي الحانوت ليس له ان يقعد فيه
القصار والحداد والطحان ولو اقعد صار مخالفا ويضمن قيمته اذا عطب وان سلم يجب الاجرة
لانه لما سلم تبين انه لم يخالف وانه مما لا يوهن الدار ولا يشبه الدابة والثوب كذا في شرح
الطحاوي **قوله** وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل هذا لفظ القدوري في مختصره
يعني اذا عين في عقد الاجارة استعمال شخص بعينه لا يجوز لغيره ان يستعمله لاختلاف في الاستعمال
بحسب اختلاف المستعمل فيلزم الضمان باستعمال الغير **قوله** فاما العقار وما لا يختلف
باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره هذا لفظ القدوري في مختصره
يعني اذا استاجر دارا او حانوتا ليسكن هو فله ان يسكن غيره الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا
ولا طحانا وذلك لان منفعة السكنى اذا لم تختلف كان بمنزلة جنس واحد فالاذن في استيفائها
اذن في استيفاء مثلها الا ترى انه لو استاجر دابة ليحمل عليها هذا الطعام فحمل عليها مثلها

جاز فكذا هاهنا **قوله** والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه اي الذي فيه
ضرر بالبناء كالحدادة والقصارة والطحانة خارج عن مطلق قوله فله ان يسكن
غيره يعني ليس له ان يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا بمجرد استيجار الدار والحانوت
للسكنى الا اذا اتفق على ذلك فحينئذ يكون له ذلك وقوله على ما ذكرناه اشارة
الى الاستثناء المذكور في اول الباب بقوله الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا
لان فيه ضرر ظاهر لانه يوهن البناء **قوله** قال وان سمى نوعا او قدرا يحمله
على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر
او اقل كالشعير والسمسم اي قال القدوري في مختصره قال بعضهم فيه لف ونشر برفع
قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة في الضرر ويرفع قوله والسمسم الى قوله اقل وليس
ذلك بشيء لان الشعير ليس مثل الحنطة بل اخف منها ولهذا لو شرط ان يحمل عليها مائة
رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كانت مثله لما
لم يضمن والسمسم جميعا نظير قوله اقل والاصل هنا ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر
الكرخي ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى تلك المنفعة او مثلها او اقل
منها جاز وان استوفى اكثر منها لم يجز وذلك لان التعيين في العقود يجب حكمه اذا
كان له فائدة واذا لم يكن له فيه فائدة سقط التعيين الا ترى انه لو استاجرها ليحمل
عليها قفيزا من حنطة زيد فحمل عليها قفيزا من حنطة عمرو وهما متساويان في الضرر
جاز لان الضرر على الدابة واحد فاذا استاجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا
اخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها جاز لانه استوفى مثل ما سماه وكذلك من
استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالارض فان
استاجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير جاز لان ضرر الشعير
اقل لخفته فقد استوفى اقل مما شرط وعلى هذا اذا استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا فزرع
نوعا اخر ضرره اقل من المسمى فان استاجرها ليحمل عليها قفيزا من شعير فحمل قفيزا من
حنطة ضمن لانه اكثر مما شرطه واستحقاق المنفعة استحقاق لما دونها وليس باستحقاق
لما زاد عليها واما ما يخالف منفعته لا للثقل كمن استاجر دابة ليحمل عليها مائة من
قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا او اقل ضمن لان الضرر هاهنا ليس للثقل لكن للجنس

الاترى

الا ترى ان القطن ينبسط على ظهرها والحديد يجتمع في مكان واحد وعلى هذا اذا استاجرها
ليركبها فاركبها من هو مثله في الثقل او اخف ضمن لان اختلاف الركوب ليس هو بالثقل وانما
هو بالحذق في الركوب الا ترى ان الثقيل البدن يحسن الركوب ولا يضر بالدابة والخفيف
الذي لا يحسن يضر بها كذا ذكره القدوري في شرحه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وان سمى ما يحمل عليها فحمل عليها غيره مما هو اخف منه لم يضمن لانه خالف الى
خير فيجب الاجر وان كان اثقل منه وهو ضامن لانه اضر على الدابة فلم يكن في معنى ما ورد
العقد عليه ولا اجر عليه لانه لا يجامع الضمان نحو ان يستاجرها ليحمل عليها كذا من الشعير
فحمل عليها مثله من الحنطة فان استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له فله ان يحمل عليها
مثل ذلك من حنطة غيره لان هذا لا يتفاوت في حق الحمل فلا يتولد منه ضرر على الدابة
فكان له ذلك **قوله** وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه
حديدا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لا باعتبار الثقل لان مائة من من الحديد ليس
باثقل من مائة من من القطن بل باعتبار ان هذا الجنس اضر على الدابة من ذلك الجنس لان الحديد
يضر بالدابة لصلابته وخشونته وليس كذلك القطن ولان القطن ينبسط على ظهر الدابة
والحديد يجتمع في مكان واحد ولم يوذن له في ذلك ولا استحقه بالعقد وان حمل الحديد ضمن
ولا اجر عليه لانه لم يستوف المنفعة المعقود عليها واستيفاء ما لم يقع عليها العقد غصب
فوجب الضمان ولا اجر عليه لانهما لا يجتمعان **قوله** قال وان استاجرها ليركبها فاردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل اي قال القدوري في مختصره وذلك
لان الدابة لا تتلف بالثقل بل بالجهل بالركوب فرب سمين ثقيل الجثة اذا كان يحسن الركوب
كان اخف على الدابة من الرجل النحيف الخفيف الذي لا يحسن الركوب فصار ثقلهما بركوبهما
كثقلهما بجراحتهما فيعتبر عدد الراكب ولا يعتبر الثقل والخفة كما لا يعتبر في الجراحة كثرتها و
قلتها بل يعتبر عدد الجناة حتى اذا جرح احدهما جراحة واحدة والاخر سبع جراحات
كان الضمان عليهما انصافا ولان الادمي لا يوزن بالقبان فلا يعتبر الثقل فكان الاعتبار
لعدد الراكب الا ان الركوب احدهما ماذون فيه وركوب الاخر ليس بماذون فيه فيضمن
النصف قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا اذا كانت الدابة يمكن ان يركبها اثنان
وان لا يمكن فعليه جميع قيمتها لانه تعمد اتلافها وقال في الذخيرة للمالك الخيار في التضمين ان

شاء ضمن المستاجر وان شاء ضمن ذلك الغير فان ضمن المستاجر لا يرجع على ذلك الغير اصلا
وان ضمن ذلك الغير رجع على المستاجر ان كان استاجره وان كان استعارها منه فلا
وقال في شرح الكافي ولو ركب هو وحمل معه اخر فعطبت فعليه الكراء كله لانه وجب في مقابلة
الانتفاع بالدابة وقد حصل بارداف غيره لا يصير تاركا للانتفاع بها فان عطبت بعد بلوغها
ذلك المكان من ذلك الركوب فعليه الاجر كله لما بينا انه وجب مقابلا بالمنافع وقد حصلت
مستوفاة وعليه نصف القيمة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد لانه متعد في حق
اركاب غيره لا في حق اركاب نفسه فيجب عليه نصف الضمان لاتصاف احد الفعلين بكونه
تعديا سوى ههنا في الضمان بين الرجلين ولم يعتبر تفاوتهما من حيث الثقل والخفة
واعتبر ذلك في الحمل والفرق بينهما ان التلف هناك حصل بالثقل وانه متفاوت فيتفاوت
الضمان اما ههنا فالتلف ما حصل بالثقل بل بجهالته بالركوب فتعذر تعليق الحكم بالثقل
وعلقناه باصل الركوب وكلاهما يستويان فيه كذا في الكتاب وقال ليس ان الرجال يوزن
بالقبان وهذا اذا اردفه حتى صار الاجنبي كالتابع له فاما اذا اقعده في السرج صار غاصبا
ولم يجب عليه شيء من الاجر لانه دفع يده عن الدابة واوقعها في يد متعدية فصار ضامنا
والاجر لا يجامع الضمان الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وقال في الفتاوى الصغرى والتتمة استاجر دابة ليركبها فركبها واردف غيره فعطبت
يضمن قيمة نصف الدابة ثم قال فيهما قال شمس الائمة الحلواني في باب النفقة على ذي
الرحم المحرم هذا اذا اردف مثله اما اذا اردف صبيا يضمن بقدر ثقله فيحفظ هذا جدا وفي تجريد
القدوري استاجر دابة ليركبها فاركب غيره مع نفسه ضمن النصف سواء كان اخف
او اثقل هذا اذا كانت الدابة تمكن ان يركبها اثنان فان كان لا يمكن هذا فلا بد يجب ضمان
الجميع ولا اجر عليه وليس هذا اختلاف الرواية بل رواية القدوري في الاركاب والصغير
الذي ذكره شمس الائمة اراد به الذي لا يستمسك نفسه ومثله بمنزلة الحمل كذا في الفتاوى
الصغرى والتتمة وقال فيهما ايضا استاجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فركب وحمل مع نفسه
حملا يضمن قدر الزيادة ان عطبت الدابة نص في الكتاب وليس تفسير ذلك ان الرجل يوزن
ويوزن الحمل ليعرف الزيادة لان الرجال لا يوزن بالقبان وانما تفسير ذلك ان يرجع
الى اهل البصيرة فيسال عنهم ان هذا الحمل كم يزيد على ركوبه في الثقل وهذا اذا لم يركب موضع

الحمل

الحمل بل يكون ركوبه في موضع في الحمل في موضع اخر اما اذا ركب على موضع الحمل ضمن قيمة جميع الدابة
في اجارات شيخ الاسلام خواهر زاده **قوله** كعدد الجناة هي جمع الجاني كالبغاة في جمع الباغي
والقضاة في جمع القاضي يعني اذا جرح واحد انسانا جراحة واحدة خطاء والاخر جراحتين او اكثر
خطاء فمات المجروح من ذلك فالدية عليهما انصافا فكذا هنا يعتبر عدد من ركب لا الثقل **قوله**
وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل
وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
الذي هو مبسوط فان استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله ان يحمل عليها مثل ذلك
من حنطة غيره لان هذا لا يتفاوت في حق الحمل وان حمل عليها احد عشر مختوما من حنطة فبلغت
المكان الذي سماه فبلغت ثم عطبت من ذلك فعليه الكراء كاملا وعليه جزء من احد عشر
جزءا من قيمة الدابة بقدر ما زاد عليها لان التلف حصل بسبب الكل وبعضه ماذون وبعضه
غير ماذون فيسقط حصة الحمل الماذون ويجب حصة الباقي ولان كل جزء من اجزاء الثقل لا يصلح
علة بنفسه وانما يصلح عند الاجتماع وعند الاجتماع صار الكل علة واحدة فيتوزع الضمان
على اجزائها بخلاف الجراحات لان كل واحدة بانفرادها تصلح علة وقد ذكرنا في الجنايات
ان صاحب العلة وصاحب العلل سواء في الحكم كما لو جرح احدهما سبع جراحات وجرح الاخر
جراحة واحدة ومات كان الضمان بينهما انصافا وقال ابن ابي ليلى عليه قيمتها تاما ولا اجر
عليه وقال في تتمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل في الجوالق
عشرين مختوما وامر المكاري ان يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري في الحمل لا ضمان
عليه اصلا اذا هلكت الدابة ولو حملاه جميعا يعني المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة
يضمن المستكري ربع القيمة وان كانت الحنطة في جوالقين فحمل كل واحد منهما جوالقا ووضعاه
على الدابة جميعا لا يضمن المستاجر شيئا ويجعل حمل المستاجر مما كان مستحقا بالعقد والثقل
بكسر الثاء وفتح القاف خلاف الخفة والثقل بكسر الثاء وسكون القاف الحمل والثقل متاع المسافر وانما قيل للجن والانس الثقلان لانهما قطان الارض فكانهما اثقالها **قوله**
واذا كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا لفظ القدوري
في مختصره وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن استحسانا اذا فعل المعتاد من ذلك وبه
قال الشافعي رحمه الله كذا في شرح الاقطع وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح

الكافي ضربها في السير وكبحها باللجام فعطبت فهو ضامن الا ان ياذن له صاحبه في ذلك
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد استحسن ان لا نضمنه اذا لم يتعد في الضرب والكبح
فضرب كما يضرب الناس في موضعه وجه قولهما ان الضرب للسير متعارف بين الناس وكذا
الكبح فكان ماذونا فيه عرفا فلا يضمن لان المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط وهذا لان
الدابة لا تسير الا بذلك فصار كالمشروط في العقد فصار كما لو هلكت من الركوب ولابي حنيفة
ان الضرب والكبح لاجل المبالغة في السير واستخراج الزيادة وذلك ليس بمستحق بالعقد
فلا يكون ماذونا فيه فيقع الضرب والكبح تعديا فيضمن ما تولد منه ولئن سلمنا ان الاذن
بذلك ثابت عرفا ولكن لا نسلم انه ثابت مطلقا بل هو مقيد بشرط السلامة فاذا لم تسلم
ضمن كالمرور في الطريق ولانه ضرب ما لا يملكه لاستيفاء منفعة نفسه فيما تولد منه
يكون مضمونا كما اذا ضرب امراته فماتت ولا يلزم على هذا ما اذا ضرب المولى عبده فمات
حيث لا يضمن لانا احترزنا بقولنا ما لا يملكه وقياسهما على الركوب ضعيف لان الاصل
معقود عليه بخلاف النزع ولانه ماذون له في الركوب نطقا بخلاف النزع ولا نسلم ان
الضرب والكبح معتادة لان العادة مشتركة لان بعض الناس يسيرون الدابة بتحريك الرجلين
والصياح بدون الضرب والعرف المشترك لا يصلح مقيدا فلا يثبت الاذن بدون الشرط وقال
في الفتاوى معلم ضرب الصبي باذن الاب وعلى هذا الخلاف ضرب الاب ابنه الصغير للتاديب
عندهما لا يضمن للحاجة الى ذلك في التاديب وعنده يضمن لان التاديب قد يقع بالزجر
والتحريك وقال في الفتاوى الصغرى معلم ضرب الصبي باذن الاب او الوصي لم يضمن
وهما لو ضربا يضمنان في اجارات العيون وفي النقد وفي المعلم او الاستاد الخاص بالصبي
يعني اذن الاب او الوصي ضمنا عند ابي حنيفة خلافا لهما ونقل في التتمة من باب ميراث
القاتل من فرائض شمس الائمة السرخسي رح والاصح ان ابا حنيفة رجع الى قولهما وقال
في الفتاوى الصغرى ايضا قال ابو سليمان اذا ضرب ابنه على تعليم القرآن او الادب
فمات قال ابو حنيفة يجب الدية ولا يرثه وقال ابو يوسف لا شيء عليه ويرثه ولو ضرب
امراته على المضجع فماتت يضمن ولا يرثها في قولهما لانه ضربها لمنفعة نفسه بخلاف الاب
مع الابن ويقال كبحه باللجام اذا رده به كذا في الجمهرة **قوله** وان استاجرها الى
الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذلك العارية

وهذه

وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رض في الرجل استاجر
الرجل الدابة يركبها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة فنفقت قال هو ضامن
وكذلك العارية الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما وكان
يقول اولا انه لا ضمان عليه وهو قول زفر كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال ابو حنيفة اذا استاجر الرجل دابة ليركبها
الى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع اليه فعطبت الدابة فلا ضمان عليه ثم رجع فقال
هو ضامن ما لم يردها الى صاحبها وهو قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظه ثم والمودع اذا
خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرا عن الضمان عندنا خلافا لزفر والشافعي وقد
ذكر في الوديعة من المشايخ من قال تاويل قوله الاول اذا استاجرها ذاهبا وجائيا وتاويل
قوله الاخر اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا واليه مال شمس الائمة السرخسي ومنهم من قال جواب
الكتاب اي الجامع الصغير يجري على الاطلاق حتى لا يبرا عن الضمان الا بالرد الى المالك
على كل حال بخلاف المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وجه قوله الاول انه امين خالف
ثم عاد الى الوفاق فيبرا عن الضمان كالمودع ووجه قوله الاخر ان الامر بالحفظ لم يثبت
قصدا وانما يثبت له ولاية الحفظ تبعا للاستعمال فيظهر النيابة في الحفظ في التمكن من الانتفاع
لا في حق البراءة من الضمان بخلاف المودع لان يده يد المالك مطلقا لاطلاق الامر بالحفظ
او نقول يد المستاجر والمستعير يد نفسه لا يد المالك من حيث ان المنفعة تحصل له لا
للمالك والضمان كان واجبا فلا يبرا عنه الا بالرد الى المالك بخلاف المودع فان يده يد
المالك لانه نائبه في الحفظ لقيام الامر به مطلقا فاذا عاد الى الوفاق حصل الرد الى
نائب المالك فيبرئ عن الضمان والدليل على ان المستاجر والمستعير لهما يد انفسهما والمودع
يده كيد المودع ان المستاجر له ان يواجر غيره والمستعير له ان يعيره لغيره والمودع ليس له ذلك
فثبت ان المودع وكيل صاحبه في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد رده الى يد وكيله والخلاف
لم يرفع عقد الوديعة لان الخلاف من طريق الفعل لا يرفع العقد كالخلاف في الصوم لا يرفع
لا يرفع عقد الايمان وكالوكيل بالبيع بالف اذا خالف وباع بخمسمائة فانه لا يرفع عقد
الوكالة حتى ان له ان يستردّه ويبيعه بالف وكذلك الوصي اذا خالف فان عقد الوصاية
قائمة بخلاف ما اذا جحد الوديعة لان الجحود يرفع العقد كما لو جحد او امر الشرع ارتفع

عقد الايمان كذلك ههنا وقد مر ابيان في الوديعة وفي العارية تفصيل ذكرناه في كتاب
العارية عن شرح الكافي وهو انه اذا استعارها ذاهبا لا جائيا فجاوزبها ذلك المكان
ثم عاد اليه فقد روي عن ابي حنيفة انه يبرأ عن الضمان لان يده في هذا المكان يد
المالك فقد ردها الى يد المالك معنى وينظر فيه وقد طعن عيسى بن ابان على قول ابي حنيفة
الآخر في الاجارة وقال يجب ان يبرأ من الضمان لانه يمسك العين لمنفعة مالكها بدلالة انه
يستحق الاجرة قال القدوري في كتاب التقريب وهذا غلط لانه اذا امسك العين لمنفعة نفسه
لم يعتبر انتفاع مالكها بالعوض كما ان يد المشتري لنفسه وان كان البائع يستقر له الثمن
بحصول المبيع في قبض المشتري فان قيل ان المستاجر يرجع على الموجر بما يلحقه من الضمان
كما يرجع المودع قلنا المودع يرجع لانه يمسك لمنفعته ويده يده والمستاجر يرجع لانه
غره بعقد فيه بدل والحيرة مدينة كان النعمان بن المنذر يسكنها بقرب الكوفة على راس
ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة اميال ونفقت الدابة
نفق اي هلكت **قوله** وقيل الجواب يجري على الاطلاق اي يضمن المستاجر على كل حال
اذا جاوز المكان الذي استاجر الدابة اليه ثم عاد اليه فهلكت سواء استاجرها ذاهبا
لا جائيا او ذاهبا وجائيا لانه لم يفصل محمد في الجامع الصغير في الجواب بل اطلق وقال
هو ضامن من غير قيد **قوله** وهذا اصح اي كون الجواب يجري على الاطلاق اصح من
التفصيل في الجواب **قوله** ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج بمثله
الحمر فلا ضمان عليه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل يستاجر الحمار بسرج ليركبه فنزع ذلك السرج واسرجه بسرج غيره
قال ان كان اسرجه بسرج لا تسرج بمثله الحمر فهو ضامن وان اوكفه باكاف فهو ضامن
وان كان يوكف بمثله الحمر وقال يعقوب ومحمد يضمن بحساب ذلك الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قد ظن بعض الناس ان في
المسألة اختلافا وليس فيها اختلاف ولكن ابو يوسف ومحمد قد فسرا قول ابي حنيفة ان
الضمان يجب عليه بحساب الزيادة والدليل على انه ليس في المسألة اختلاف انه ذكر في كتاب
الاجارات في باب ضمان الاجير المشترك واجر الرجل وحده فقال ابو حنيفة اذا نزع
السرج واوكفه يجب عليه ضمان بمقدار ما زاد فذلك القول موافق لما قالا ههنا فثبت

انه لا اختلاف في المسألة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ان كانت تلك الدابة توكف بمثله
وتسرج يجب الضمان بحساب الزيادة وان كانت الدابة لا توكف بمثله وجب عليه ضمان الكل لانه
قصد اتلافه وصار بمنزلة الخلاف في الجنس وهذا القول احسن وبه ناخذ الى هنا لفظ ابي الليث
وقال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير من اصحابنا من قال ما ذكر ههنا عنهما تفسير
لقول ابي حنيفة اما اذا ابدل السرج بمثله او اخف منه فلا يشكل انه يجب المسمى ولا يضمن لان
تعيين السرج غير مفيد وان ابدل السرج بسرج لا يسرج بمثله الحمر او اوكفه باكاف لا يوكف
بمثله الحمر فيحتمل ان يضمن القيمة في قولهم جميعا لانه يعد اتلافا للحيوان كمن ابدل الحنطة بالحديد
فاما اذا ابدل السرج باكاف لا يوكف بمثله الحمر فكذلك وان كان يوكف بمثله الحمر فهو موضع
الشبهة فان كان بالاتفاق فهو واضح لانهما سواء في الركوب الا ان احدهما ازيد فيضمن
الزيادة وان كان على الاختلاف بان حمل قوله فهو ضامن على كل القيمة فوجه قولهما ما قلنا
انه زاد على المسمى فوجب ان يضمن الزيادة خاصة كما لو استاجر دابة ليحمل عليها عشرة
مخاتيم فحمل عليها احد عشر مختوما والدابة تطيق ذلك يضمن جزءا من احد عشر جزءا من قيمة
الدابة ووجه قول ابي حنيفة ان الاكاف يستعمل لغير ما يستعمل له السرج وهو الحمل والركوب
مخالف ايضا لانه لا ينبسط انبساط السرج واذا كان كذلك كان في حق الدابة خلافا الى
جنس غير المسمى فلم يصر مستوفيا شيئا من المسمى فضمن الكل كما لو ابدل الحديد مكان الحنطة
ثم اختلفوا في تفسير قوله يضمن بقدر ما زاد قال العتابي في شرح الجامع الصغير قال بعضهم
معناه الزيادة في المساحة حتى لو كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف
قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها وقال بعضهم معناه الزيادة من حيث الثقل حتى
اذا كان السرج بوزن منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها وقال الحاكم الشهيد
في مختصره المسمى بالكافي ولو تكارى حمارا عريانا فاسرجه وركبه فهو ضامن له وقال
الكرخي في مختصره ولو اكترى حمارا عريانا فاسرجه ثم ركبه كان ضامنا قال شيخ الاسلام علاء
الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا اذا كان حمارا لا يسرج مثله عادة اما اذا كان يسرج
ويركب بالسرج فلا ضمان عليه لان المقصود هو الركوب والسرج آلة له فلا يختلف بوضع
السرج عليه وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد فصل اصحابنا هذا وقالوا اذا
استاجره ليركب الى خارج المصر لم يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج

ولا اكاف فلما آجره كذلك فقد اذن له من طريق المعنى وقالوا ان استاجره ليركبه
في المصر وهو من ذوي الهيئات فلما اسرجه لان مثله لا يركب من غير سرج وان كان
من دون الناس فاسرجه ضمن لان مثله يركب في البلد بغير سرج والسرج اثقل على الدابة
ثم اذا ضمن يضمن جميع القيمة او بقدر ما زاد قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير
اختلفوا فيه والصحيح انه يضمن جميع القيمة لان ذكر الضمان مطلقا فينصرف الى الكمال
وانما كان كذلك لانه خالف صورة ومعنى اما صورة فظاهر لانه اذن ان يركبها عريانا
وقد ركب مع السرج واما معنى فلان الركوب على السرج اضر على الدابة لان ثقل الراكب
والسرج يجتمع في مكان واحد قلت ينبغي ان يكون الاصح ضمان قدر الزيادة لانه استاجره
عريانا فاسرجه فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب الا ترى انه ذكر في الاصل اذا
استاجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فركب وحمل مع نفسه حملا يضمن قدر الزيادة
ان عطبت فكذا هنا لان السرج صار كزيادة الحمل وقال الكرخي في مختصره ان لم يكن عليه
لجام فالجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بذلك اللجام وكذا ان ابدله وذلك لان الحمار
لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بالجامه قوله في التقييد بغيره اي
في تقييد الضمان بغير ذلك السرج ولو قيل بعينه كان اولى اي في تقييد الاذن بعين ذلك
السرج لانه وما يماثله سواء فلم يفد التقييد قوله وان كان لا يسرج بمثله الحمر كما اذا
اسرج الحمار بسرج البرذون قوله لما قلنا في السرج اشارة الى قوله لانه لم يتناوله الاذن
من جهته قوله وهذا اولى اي الضمان فيما اذا اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر اولى
من الضمان فيما اذا اسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر لان السرج من جنس السرج ولكن
لما كان لا يسرج بمثله الحمر وجب الضمان والاكاف ليس من جنس السرج فلان يجب الضمان
اذا كان لا يوكف بمثله الحمر اولى واحرى وان استاجر حمالا يحمل له طعاما في طريق كذا
فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه فان بلغ فله الاجر
وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستاجر الرجل
على ان يحمل له متاعا في طريق كذا وكذا فياخذ في طريق آخر مما يسلكه الناس فيهلك
المتاع قال لا يضمن ان هلك المتاع وان بلغ فله الاجر وان حمله في البحر فيما يحمل الناس
فيه فيهلك فهو ضامن وان بلغ فله الاجر الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير

وهي

وهي من الخواص وقوله وان بلغ بالتشديد كذا السماع اي وان بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع
الذي اشترط ان يحمل اليه ويجوز بالتخفيف على اسناد الفعل الى المتاع اي بلغ المتاع الى ذلك
الموضع ولم يهلك في الطريق وكذا اذا استاجر دابة يحمل عليها متاعا الى مكان كذا في طريق
كذا فاخذ في طريق آخر فهلكت الدابة والاصل هنا ان كل شرط لا يفيد لا يعتبر ثم اذا لم يكن
بين الطريقين تفاوت لا ضمان عليه اذا سلك طريقا آخر لانه لا فائدة في التعيين فكان الشرط
لغوا لكونه غير مفيد حتى اذا كان بينهما تفاوت بان كان الطريق الثاني مخوفا او كان طريقا
لا يسلكه الناس ضمن لان التعيين مفيد فيكون مخالفا بسلوكه طريقا آخر فيضمن وان سلم
المتاع وبلغ فله الاجر لان جنس الطريق واحد وانما الضمان بالضرر فاذا سلم بطل جانب
الخلاف وزاد في الفتاوى على هذا فقال ان كان الطريقان في السلوك سواء لا يضمن وان
كان احدهما ابعد بحيث يتفاوت في الطول والعرض والسهولة والصعوبة ضمن فاما اذا حمل
في البحر ضمن سواء كان مما يسلكه الناس او لا يسلكه الناس لان النجاة في البحر نادر وذلك
لان البحر موضع هلاك وخطر في الاصل ولكن قد يكون تحمل الخطر معتادا فاذا قيد المستاجر
بما لا خطر فيه وهو طريق البر صح التقييد لكونه مفيدا فاذا سلك الحمال بعد ذلك طريق البحر
صار مخالفا فوجب الضمان اذا هلك المتاع وان سلم وبلغ المقصود فله الاجر المسمى لان جنس
الطريق واحد فلا يظهر حكم الخلاف الا بظهور اثر التفاوت وهو الهلاك فاذا سلم بقي التفاوت
صورة لا معنى فوجب المسمى لانه لا يعتبر المخالفة في الصورة عند حصول المقصود قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه انه قال كان العباس
بن عبد المطلب اذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به
واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة يعني الحيوان فثبت ان الدخول في البحر خطر بالمال
والنفس قوله ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها وهذه
من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الارض
يستاجرها الرجل من الرجل ليزرعها حنطة فيزرعها رطبة قال هو ضامن لما نقص الارض
ولا اجر عليه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان اشتغال الارض بالرطبة اضر
بالارض من اشتغالها بالحنطة لانتشار عروق الرطبة في الارض وكثرة حاجتها الى السقي
وبقائها الى مدة لا يعرف نهايتها فصار الاشتغال بهذا النوع جنسا غير جنس الاشتغال

بذلك النوع فصار غاصبا ضامنا للمخالفة ولا اجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان
لانه صار غاصبا متلفا من الابتدا والاجر لا يقابل بالضمان فصار كرجل استاجر دابة
ليحمل عليها شعيرا فحمل عليها حنطة او زاد او اجراها فصار مخالفا ضامنا فكذا هذا قوله
على ما قررناه اشارة الى قوله لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة والرطاب جمع
رطبة وهي القضب ومن دفع قوله الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه
قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز
به درهما وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل دفع الى خياط ثوبا ليقطعه قميصا ويخيطه له بدرهم فقطعه قباء وخاطه
وهو يصيد قد قال ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر
مثله ولا يجاوز به ما سمى اله هذا لفظ اصل الجامع الصغير قال الامام الزاهد العتابي
في شرح الجامع الصغير يريد به القرطق الذي هو ذو طاق واحد يعتاد لبسه الترك
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان ياخذ الثوب بل يترك الثوب ويضمنه
القيمة لانه لما خاطه قباء بدون اذن المالك صار غاصبا وانقطع حق المالك بالخياطة
فكان ضامنا لان القباء غير جنس القميص فلم يتناوله الامر اصلا ووجه ظاهر
الرواية ان هذا يشبه القميص من وجه لان الاتراك يستعملونه استعمال القميص فكان
موافقا من وجه مخالفا من وجه فان شاء مال الى جانب الوفاق واخذ الثوب
وان شاء مال الى جانب الخلاف وضمنه القيمة واذا اخذ الثوب اعطاه اجر مثله
لا يجاوز به ما سمى لان الخياط رضي بالمسمى فلا يزاد وقال الحاكم الشهيد في باب
الرجل يستصنع الشيء من مختصر الكافي ولو اسلم الثوب الى خياط وامره ان يخيطه قميصا
بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه وان شاء اخذ القباء و
اعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وهذا اذا كان قباء يستعمل استعمال القميص اذا زره واستعمال
قباء اذا حله لانه خالفه وصفا فيتخير اما اذا شقه وجعله قباء يجب عليه ضمانه
ولا يتخير لانه اتلفه بالشق من غير اذن المالك وتعذر نقل الفعل اليه لانه لم يامره
به فاوجبنا عليه الضمان وقال صاحب الهداية وقيل هو مجرى على اطلاقه اي جوابه

وتعذر ونقل الفعل اليه

الجامع الصغير في مطلق القباء لان القباء الذي هو القرطق لان القباء والقميص يتقاربان ٨٣
في المنفعة وذلك لانه خلاف من وجه حيث لم يات على الصفة التي امره ولكن ليس ذلك
بخلاف مستقيم لانه ينتفع به بالقباء بمثل ما ينتفع بالقميص لانه من جنسه وهو ما يلبس
والقباء يلبس ويدخل اليدان في الكمين كما يفعل بالقميص فلما لم يكن الخلاف مستقيما كان
صاحب الثوب بالخيار ان شاء اخذ بالوجه الذي خالفه وان شاء اخذ بالوجه الذي لم
يخالفه واعطاه الاجر وانما يعطيه اجر المثل لانه عيب عليه العمل فتعيب عليه الاجر وهذا
كما قالوا في رجل استاجر حايكا واشترط عليه رقيقا فجاء صفيقا او اشترط عليه صفيقا
فجاء رقيقا كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ونقول انما وجب اجر المثل
دون المسمى لان صاحب الثوب انما رضي بالمسمى عند حصول المقصود من كل وجه ولم
يحصل ثم اذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب امرتك بقميص وقال
الخياط امرتني بقباء فالقول قول رب الثوب وسيجيء بيانه في باب الاختلاف ان شاء الله
وقال في المغرب القرطق قباء ذو طاق وقيل انه تعريب كرته والمراد به الذي يلبسه
الاتراك مكان القميص ويقال له بالفارسية يكتهي وكان سماعنا بفتح الطاء في القرطق
في الهداية وهكذا كان تصحيح كتاب الامام حافظ الدين الكبير البخاري ولكن حفظنا
في كتاب مقدمة الادب سماعا عن الثقات بضم الطاء ولهما وجه لانه لما كان معربا
تلاعبت به الالسنة كما شاءت ولم يذكره في القوانين كالديوان والصحاح والمجمل وغير ذلك
لكونه معربا ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار
للتفاوت في المنفعة ذكر هذا تفريعا على ما تقدم وقال شمس الايمة البيهقي في كفايته
قالوا لو قطعه سراويل لا يجب الاجرة الا ان الرواية تخالف هذا الى هنا لفظه وقال
في الايضاح وكان ابو بكر يقول لو قطعه سراويل لم يجب له اجرة لانه نوع آخر من المنفعة
فلم يوجد المعقود عليه قال والرواية تخالف هذا فانه روى عن محمد انه لو دفع شبهًا
الى رجل ليضرب له طستا فضرب به كوزا فان شاء ضمنه مثل شبهه وان شاء اخذه واعطاه
اجر مثله فيما عمل فكذا في السراويل يجب ان يكون كذلك والاصح انه مخير
للاتحاد في اصل المنفعة اي يخير المستعمل فان شاء ضمن الخياط قيمة الثوب الذي
دفعه اليه ولا اجر عليه وان شاء اخذ المخيط واعطاه اجر مثله ولا يجاوز به المسمى

قرطق
ويقال بكتاي ايضا ١٢

الشبه والشبهان محركتين النحاس الاصفر ويكسر ج اشباه قاموس

وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وروى هشام عن محمد في رجل دفع الى رجل شبها
ليضرب له طستا موصوفا معروفا فضربها كوزا قال فان شاء ضمنه مثل شبهه ويصير
الكوز للعامل وان شاء اخذه واعطاه اجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى وذلك لان العقد
وقع على الضرب والصناعة صفة وقد نقل المعقود عليه وخالف في صفته فثبت للمستعمل
الخيار وانما وجب اجر المثل لان المستعمل لم يرض بدفع المسمى الا على منفعة موصوفة
لم تسلم له بكمالها وانما لا يجاوز به المسمى لان الصانع رضي به بدلا عن المنفعة المقصودة
فلا يجوز ان يستحق فيما زاد عليها اكثر منه والله اعلم
ويتلوه باب الاجارة الفاسدة

قالوا لو قطعه سراويل لا يجب الاجر لان الرواية تخالف هذا
الى هنا لفظه وقال في الايضاح وكانوا يقولون لو قطعه سراويل
لم يجب له اجرة لانه نوع آخر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه
قال والرواية تخالف هذا فانه روي عن محمد انه لو دفع شبها
الى رجل ليضرب له طستا فضربه كوزا قال ان شاء ضمنه مثل شبهه
وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله فكما جعل الكوز كالطست فكذلك السراويل
ان يكون كالقباء قوله والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة اي
يخير المستعمل ان شاء ضمن الخياط قيمة الثوب الذي دفعه اليه
ولا اجر عليه وان شاء اخذ المخيط واعطاه اجر مثله ولا يجاوز
به المسمى وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي روى هشام عن محمد
في رجل دفع الى رجل شبها ليضرب له طستا موصوفا معروفا
فضربها كوزا قال فان شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز
للعامل وان شاء اخذه واعطاه اجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى
وذلك لان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة وقد نقل
المعقود عليه وخالف في صفته فثبت للمستعمل الخيار وانما وجب اجر المثل
لان المستعمل لم يرض بدفع المسمى الا على منفعة موصوفة لم تسلم له بكمالها
وانما لم يجاوز به المسمى لان الصانع رضي به بدلا عن المنفعة المقصودة
فلا يجوز ان يستحق فيما كثر منه والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة

لما ذكر الاجارة الصحيحة شرع في بيان الاجارة الفاسدة اذ هي محتاج
الى بيانها وتقدم الاول لان امور المسلمين محمولة على الصحة دون الفساد
فكان ذكر الصحيح اولى ولان الصحيح مشروع باصله ووصفه
والفاسد مشروع باصله دون وصفه فكان تقديم الصحيح لكونه
مشروعا من كل وجه اولى قوله قال الاجارة تفسدها
الشروط الفاسدة كما تفسد البيع اي قال القدوري في مختصره وذلك
لانها عقد معاوضة محضة تقال وتفسخ فكانت كالبيع فكل
ما افسد البيع افسدها واراد بالشروط شروطا لا يقتضيها العقد
لا كل شرط كما في البيع وهذا اذا استاجر دابة الى بغداد بشرط
ان يعطيه الاجر اذا رجع من بغداد صح وليس له ان يطالبه
بالاجر الى ان يرجع واذا مات ببغداد فليس له ان ياخذ
اجر الذهاب ذكره لو استاجر رجلا ليعمل له هذا العمل بدرهم
وشرط عليه ان يفرغ منه اليوم جاز بالاتفاق بخلاف ما لو استاجر

تعالى هذا العمل لو عمد الى حصة رحمه الله تعالى كذا في العتابي الصغرى
والشروط التي تفسدها كاشتراط تطيين الدار ومرمتها او تعليق باب
عليها او ادخال جذع في سقفها على المستأجر وكذلك اشتراط كري
نهر في الارض او ضرب مسناة عليها او حفر بئر فيها او ان يسرقنها
على المستأجر وكذلك اشتراط رد الارض مكروبة كذا ذكر في
الاجارة لانه جعل هذه الاعمال من جملة الاجرة وانها مجهولة
غير معلومة وجهالة بعض الاجر توجب جهالة الباقي
فتفسد به الاجارة وكذلك لو استأجر رحى ماء على ان انقطع الماء
عنها فالاجر عليه لا يجوز لان قضية العقد ان لا يجب الاجرة
الا عند التمكن من الانتفاع فاذا شرط الاجرة مع عدم التمكن
فقد غير مقتضى العقد فقلنا بانعدام الصحة وكذلك
ان تكارى دابة الى بغداد على انه ان رزقه الله تعالى ببغداد
شيئا او رزقه من فلان شيئا اعطاه من ذلك شيئا فهو فاسد لانه
تعليق الاجرة بالخطر لانه لا يدرى ايرزق ام لا فيفسد العقد
وعليه اجر مثلها فيما ركب وان تكاراها الى بغداد
على انه ان بلغه بغداد فله اجر كذا درهم والا فلا
شيء له فالاجارة فاسدة وعليه اجر مثلها بقدر ما سار عليها
لان قضية العقد ان يجب عليه الاجر في مقابلة ما سار فاذا شرط
ان لا شيء فقد غير قضية العقد فيفسد كذا ذكره الامام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وكذلك لو استأجر عبدا شهرا بالف
على انه ان مرض عمل في الشهر الذي بعده بقدر الايام التي مرض
فيها فالاجارة فاسدة لانه لا يدرى اي مقدار من الشهر يمرض
ولانه يخالف مقتضى العقد لان مقتضاه ان ينتهي العقد
بانقضاء الشهر والشرط يخالف ذلك لانه يوجب العمل في الشهر الثاني
بقدر المرض في الشهر الاول وكل ذلك شرط يوجب جهالة في
العقد قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره اذا كان ما وقع عليه
عقد الاجارة مجهولا في نفسه او في اجره او في مدة الاجارة
فاسدة وكل جهالة توجب في البيع فسخه (?) فتفسده من جهة الجهالة
فكذلك هي في الاجارة الى هنا لفظ الكرخي قوله تقال حي (?) الاجارة
الا من القول قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل
لا يتجاوز به المسمى وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان فساد الاجارة

اذا كان

٨٥

اذا كان لفساد التسمية او لجهالة المسمى بان جعل الاجر ثوبا
او دابة وجب اجر المثل بالغا ما بلغ وان كان المسمى معلوما
ولكن فسدت بسبب شرط فاسد ونحوه يجب الاقل من
اجر المثل ومن المسمى فلا يجاوز بالاجر المسمى وقال زفر يجب اجر المثل
بالغا ما بلغ وبه قال الشافعي رحمهما الله تعالى لهما ان الاجارة بيع المنافع
فتعتبر ببيع الاعيان وفي بيع الاعيان اذا فسد تعتبر القيمة
بالغة ما بلغت فكذا في بيع المنافع وهو الاجارة اذا فسد
تعتبر اجر المثل بالغا ما بلغ ولنا ان المنافع لا قيمة لها في نفسها
حال عندنا خلافا للشافعي في الزيادة المطاوعة (?) وانما تتقوم
المنافع بالعقد او بشبهة عقد فاذا لم تتقوم في نفسها وجب
الرجوع الى ما تقوم العقد به ويسقط ما زاد عليه لانهما رضيا
باسقاط ذلك بخلاف الاعيان فانها متقومة في انفسها فاذا
سقط البدل المسمى لفساد التسمية وجبت القيمة بالغة ما
بلغت ولان العدول في العقود الى بدلان مسمى وقيمة ثم لما جاز ان
يرد المسمى الى القيمة كما في المريض مرض الموت اذا اشترى
او استأجر باكثر من القيمة وعليه دين جاز ان يرد القيمة وهو
اجر المثل في الاجارة الفاسدة الى المسمى ثم بعد ذلك اذا كان اجر
المثل زائدا على المسمى لا يجب الزيادة لانهما رضيا باسقاطها
حيث سميا الاقل وان كان اجر المثل ناقصا عن المسمى يجب
قدر المسمى ~~لا يجب قدر المسمى~~ لفساد التسمية بخلاف البيع فان
الاعيان متقومة في انفسها فكان الموجب الاصلي فيها القيمة
وانما ينتقل عن القيمة الى التسمية اذا صحت واذا فسدت كما في
البيع الفاسد يجب الرجوع الى الموجب الاصلي وهو القيمة فيجب
بالغة ما بلغت وبهذا خرج الجواب عما قال انه تضمن بالمسمى
في العقد الصحيح وجب ان تضمن باجر المثل في العقد الفاسد
كالاعيان لان الاعيان متقومة في انفسها دون المنافع ولا نقول ان
المنافع مستوفاة بحكم عقد فاسد فيجب فيها اجر المثل بالغا ما بلغ
كما لو استأجرها بخمر او خنزير لا يجوز ان يستحقا بالعقود فلذلك
وجب اجر المثل بخلاف الفرع قوله ولنا ان المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس اليها فيكتفى
بالضرورة في الصحيح منها لان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح

المنافع و
لان الخمر والخنزير [illegible]

فيكتفى بالضرورة فى الصحيح منهما لان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا فى الصحيح
عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد فقد اسقطا الزيادة
واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية معناه
ان المنافع لا تتقوم بنفسها بحال لانها اعراض لا بقاء لها لكنها توجد
شيئا فشيئا ولا تحتمل البقاء لها ولكنها تتقوم بعقد الاجارة لضرورة
دفع الحاجة عن الناس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة
فكان ينبغى على هذا ان لا تتقوم المنافع الا فى الاجارة الصحيحة
دون الفاسدة لان الضرورة تندفع بها ولا حاجة الى الفاسد
ولكن لما كان الفاسد تبعا للصحيح لان الفاسد لا حكم له فى نفسه
وانما حكمه مستفاد من الصحيح تتقوم المنافع فى الاجارة الفاسدة
ايضا كما تتقوم فى الاجارة الصحيحة وهو معنى قوله
لان الفاسد تبع له فعلى هذا كان ينبغى ان يجعل البدل فى الاجارة
الفاسدة ما يجعل فى الاجارة الصحيحة وهو المسمى لا غير وهو معنى قوله
فيعتبر ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة ولكن ينظر الى المسمى فان كان
اقل من اجر المثل يجب المسمى ولا تجب زيادة اجر المثل لانهما اسقطا الزيادة
حيث اتفقا على قدر المسمى وهذا معنى قوله لكنهما اذا اتفقا على مقدار
فى الفاسد فقد اسقطا الزيادة وان كان المسمى اكثر من اجر المثل
ونقص اجر المثل عنه يجب اجر المثل ولا تجب زيادة قدر المسمى
اعتبارا لفساد التسمية وهذا معنى قوله واذا نقص اجر المثل لم يجب
زيادة المسمى فافهم قوله فى الصحيح منهما اى الاجارة قوله اسقطا
عنه ينبغى ان يقال على صيغة المبنى للمفعول بالاسناد الى الجار
والمجرور اى اسقط عن الموجب الاصلى الذى هو القيمة الى المسمى بحكم
التسمية وان لم تصح التسمية لا يسقط عن الموجب الاصلى الى المسمى
بل يجب الموجب الاصلى وهو القيمة وهذا معنى قوله والا لا يجوز
ان يقال على صيغة المبنى للفاعل بان يسند الفعل الى ضمير البدل
اى ان صحت التسمية اسقط البدل عن الموجب الاصلى وذكر لشرطى
لان التسمية ليست بمستقلة عن تقرير الصحيح بل هى لمعرفة
المراده المتعذره فى شى لا نهاية له الا باتصالها الى شئ اجر قوله
ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح فى شهر واحد فاسد فى بقية
الشهور الا ان يسمى جملة شهور معلومة هذا لفظ القدورى فى مختصره
وقال ابن ملك لا يجوز لما فى شرح الكافى والاصل فيها ان صيغة
العام اذا لم يمكن اجراؤها على العموم يراد به اخص الخصوص كما فى قوله تعالى
وما سوى

وما يستوى الاعمى والبصير وهنا لا يمكن اجراء كلمة كل على العموم
لان جملة الشهور ليست بمعلومة حتى اذا سميت جملتها وعلمت
صح العقد واما صح فى شهر واحد لانه معلوم لا جهالة فيه والمفسد
هو الجهالة ولانه ذكر جزءا معلوما من الجملة بدلا معلوما وابعاضه
غير مختلفة فوجب ان يصح العقد فى ذلك الجزء اذا كان مما يصح افراده
بالعقد كما لو باع صبرة كل قفيز بدرهم ولا يلزم على هذا اذا ذكر صبرة
ولم يعينها كما اذا قال آجرتك مئة بعشرة لانا احترزنا عنه بقولنا
جزءا معلوما منها لانه غير معلوم ولا يلزم اذا قال بعتك هذا القطيع
من الغنم كل شاة بدرهم لانا احترزنا عنه بقولنا والابعاض غير مختلفة
اذ الغنم تختلف وكذلك العدد ولا يلزم اذا قال بعتك هذا الدن
من الخمر او الدهن كل رطل بدرهم حيث لا يجوز فى رطل واحد ايضا لانه
لا يجوز افراده بالعقد فان قلت لما صح العقد فى الاصل صح فى
الجميع فينبغى ان يكون فى الفرع كذلك قلت لا نسلم ذلك لان العقد
لا يصح فى الاصل ايضا عند ابى حنيفة الا فى قفيز واحد فكان وزان
مسئلتنا فان قيل كما ان الشهر الاول معلوم فكذلك الشهر
الثانى معلوم فلم خصصتم الاول بصحة العقد عليه قلنا انما
خصص الاول لوجود جزء منه وحصوله بخلاف باقى الشهور حتى
اذا سكن يوما من الشهر الثانى صح العقد عليه ايضا والثالث والرابع مثله
فاما اذا سمى جملة الشهور فانه يصح العقد فى الجملة لان المدة معلومة
والاجرة معلومة قال صاحب الهداية واذا تم كان لكل واحد
منهما ان ينقض الاجارة قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى
ولكل واحد منهما ان يترك الاجارة عند تمام الشهر لان الاجارة انعقدت
على الشهر الاول وانما كان كذلك لان كلمة كل تقتضى العموم فى حق الافراد
فلو عملنا بعمومها لصححنا الاجارة فى مدة مجهولة وانه غير ممكن
فحملناه على الادنى وهو شهر واحد لانه ثابت بيقين ولا جهالة لوقته
الا الوقت الذى يلى زمان العقد فيعتبر حكم العقد فيقتضى ابتداء المدة
من ذلك الوقت الى تمام الشهر واذا جاء الشهر الثانى انعقدت الاجارة
ثانيه عند تعيينه المعقود واسقاط الجهالة وهكذا الحكم فى كل شهر الى
ان يفسخ الاجارة قوله فان سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد فيه
ولم يكن للمؤاجر ان يخرجه الى ان ينقضى وكذلك كل شهر سكن فى اوله
هو قال القدورى فى مختصره وقال شمس الائمة فى المبسوط فيما اذا قال اجرتك كل شهر بكذا

لكل واحد منهما فسخها عند تمام الشهر فان سكنها من الشهر الثاني يوما
فليس له الترك الى هنا لفظ الاصل اعلم ان مشايخنا اختلفوا في
وقت الفسخ بعد تمام الشهر قال بعضهم لكل واحد منهما حق الفسخ حين يتم الشهر الاول
اعني حين يهل الهلال حتى اذا سكن من الشهر الثاني ساعة لا يبقى حق
الفسخ بعد ذلك واليه ذهب القدوري وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى
وقال الصدر الشهيد في الواقعات في باب الاجارة الجائزة لعلامة
الدين والصحيح ان يفسخ في الليلة الاولى واليوم الاول من الشهر الثاني
والثالث فان خيار الفسخ انما يثبت له في اول الشهر واول الشهر هذا وقال
بعض مشايخنا له الفسخ في الليلة الاولى ويومها واختاره صاحب الهداية
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح
انه يفسخ في اليوم الاول او الليلة الاولى من الشهر الثاني لا بما دون
اليوم او الليلة ليس بمضبوط ولا مقدر حتى يجب في مقابلته اجرة
فاذا دخل زمان يجب في مقابلته اجرة فقد تأكد العقد في الشهر الثاني
فيمتنع الفسخ واليه اشار في الكتاب بقوله ان سكنها يوما او يومين
الى هنا لفظه ثم اذا فسخ احدهما الاجارة من غير محضر صاحبه هل
يصح من مشايخنا من قال انه على الخلاف على قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح
وعلى قول ابي يوسف رحمهم الله تعالى يصح ومنهم من قال لا يصح الفسخ الا
بمحضر من صاحبه كذا في الذخيرة قوله ذكره في الكتاب اراد
به مختصر القدوري قوله واذا استاجر دارا بعشرة دراهم جاز وان لم
يسم قسط كل شهر من الاجرة هذا لفظ القدوري في مختصره وذكر
لانها مدة صح الاجارة فيها على تقدير صحة العقد على تقسيط الاجرة
على اجزائها كالشهر الواحد وعلى هذا اذا استاجر دارا سنين معلومة
صح وان لم يذكر قسط كل سنة قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي
وقال الشافعي على القول الذي يجوز الاجارة اكثر من سنة لا يجوز حتى يسمي
حصة كل سنة ولنا انها مدة معلومة ذكر لها اجرة معلومة
جائز وان لم يفصل اجرة كل جزء منها كالسنة الواحدة اذا لم يسم
حصة كل شهر قوله ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم
شيئا فهو من الوقت الذي استاجره يعني من الوقت الذي استاجره
يعني ان ابتداء الاجارة يعتبر من وقت بعد التسمية كما اذا
آجر دارا في رمضان وجعل ابتداءها في رجب يعتبر ابتداء المدة من غرة رمضان
وعند الشافعي لا يصح الاجارة حتى يكون ابتداء المدة عقيب العقد

لنا

٨٧

لنا انه عقد الاجارة على ملكه مدة معلومة باجرة معلومة
فوجب ان يصح كما لو اجر في الشهر الحاضر وان لم يسم شيئا فعقيبه بل
ذكر شهرا مطلقا او سنة مطلقة فابتداء المدة من وقت العقد لانه حكم
يتعلق بمدة مطلقة لا على وجه القربة فكان ابتداؤها عقيب السبب
كمدة الايلاء وكمن حلف لا يكلم رجلا شهرا وهذا معنى قوله فاشبه
اليمين وذلك لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء اذ لا منافاة بين
الاجارة وبين وقت ما اصلا فلو لم يجعل ابتداء المدة من وقت العقد
لم يكن بعض المدة اولى من بعضها فادى الى ابطال العقد لجهالة
المعقود عليه فوجب ان يحمل على الوجه الذي يصح معه العقد حملا
لامور المسلمين على الصلاح بخلاف ما اذا وجد الصوم فانه لا يعتبر
ابتداؤها من اول الشهر وهو الليل لان الليل ليس بمحل للصوم وقد
احترزنا عنه بقولنا لا على وجه القربة قوله ثم ان كان
العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل
وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن
ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رحمهم الله تعالى الاول بالايام
والباقي بالاهلة وذكر هذا بتقريرها على ما في العيون في
شرح الطحاوي واذا استاجر دارا اشهرا فان كان العقد حصل
في غرة الشهر يقع ذلك على الاهلة فاذا انسلخ ذلك الشهر انقضت مدة
الاجارة وعليه الاجرة ولو كان العقد حصل في نصف الشهر او بعد
مضي ايام من الشهر يقع ذلك على ثلاثين يوما ولو استاجر دارا سنة
فان كان في غرة الشهر يقع على تلك السنة بالاهلة اثني عشر شهرا وان كان
العقد في نصف السنة او بعدما مضى منها ايام فانه يقع على تلك السنة
كلها بالايام ثلاثمائة وستين يوما عند ابي حنيفة وعندهما احد عشر شهرا
بالاهلة والشهر الواحد بالايام يحتسب ما بقي من الشهر الاول فيكون في
آخر السنة الى هنا لفظ شرح الطحاوي قال في المحصول المختلف
وعلى هذا الخلاف العدة والاجل وما يجري مجرى ذلك ثم قال
في شرح الطحاوي وذكر في كتاب الاجارات في الاصل اذا استاجر رجل
دارا سنة بعدما مضى من الشهر اربعة عشر يوما قال يكمل من الشهر الاخير
ستة عشر يوما وهو غلط والصحيح ان يقال يكمل من الشهر الاخير صح
اربعة عشر يوما لانه يكون ما بقي من الشهر الاول ستة عشر يوما
فيجب ان يكمل من الشهر الاخير اربعة عشر يوما وهكذا ذكره في بعض الروايات

الى هنا لفظ شرح الطحاوي وجه قولهما ان الاصل في الشهور الاهلة ان امكن قال تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس وقال صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما وقد امكن الاعتبار بالاهلة في الشهور المتخللة بينهما فالاهلة واما المصير الى العدد عند تعذر الاصل وقد تعذر اعتبار الاهلة في الشهر الاول فيكمل بالاخير ووجه قول ابي حنيفة انه يكمل الشهر الاول بالشهر الذي يليه بالعدد فينتقص الثاني ايضا فيكمل هو بالذي بعده ثم هكذا الى اخر السنة فيعتبر العدد دون الاهلة ضرورة

قوله حين يهل الهلال يجوز على صيغة المبني للفاعل وعلى صيغة المبني للمفعول جميعا قال في الجمهرة هل الهلال واهل ودفع الاصمعي هل وقال لا يقال الا اهل واهللنا كذا وانما الهلال واجاز ابو زيد اهل الهلال هكذا كان لفظه بنسخة الجمهرة [illegible] الى [illegible] نظري [illegible] قوله حين يهل الهلال بقوله [illegible] لان ذا من الشهر ونقصه [illegible] من الشهر ويعتبر [illegible] لا منافاة بين الاجارة والاوقات بل الايام والليالي منها سواء فلا حاجة الى اعتبار [illegible] المدة من اول ايام الشهر بل يعتبر من اول الشهر وهو ما قلنا بخلاف الصوم فان الليل لما لم يكن محلا له اعتبر ابتداء الصوم من اول الايام **قوله** وفي الاول ضمنا اي الصورة الاولى اعتبار الشهر بالايام في الشهر الاول من الشهور [illegible]

قوله وكذا العدة اي يعتبر في عقد الاجارة العدة اي من حيث اعتبار الشهور او بالعدد **قوله** وقد مر في الطلاق اي [illegible] ذكر الاختلاف في العدة في اول كتاب الطلاق قريبا من صفحتين **قوله** قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اي قال القدوري في مختصره اما الحمام فلان الناس في سائر الامصار يدفعون اجرة الحمام وان لم يكن مقدار ما يستعمل من الماء معلوما ولا مقدار القعود فدل اجماعهم على جواز ذلك وان كان القياس يأباه لوروده على اتلاف العين مع الجهالة قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وروي في السنن [illegible] رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن دخول الحمامات ثم رخص للرجال ان يدخلوها في المآزر وروي في السنن ايضا مسندا الى عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ستفتح لكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازر

وامنعوها

وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء واما الحجام فلما روي في الصحيح البخاري مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما قال احتجم النبي صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجره ولو علم كراهية لم يعطه وفي رواية انس ولو علمه خبيثا لم يعطه وحديث صاحب السنن ايضا في كتاب البيوع والتجارة مسندا الى انس بن مالك انه قال حجم النبي ابو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر له بصاع من تمر وامر اهله ان يخففوا عنه من خراجه ولانه عمل معلوم [illegible] استيفاؤه فجاز اخذ الاجرة عليه كسائر الاعمال فان قيل حديث صاحب السنن باسناده الى رافع بن خديج ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كسب الحجام خبيث وثمن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث فالجواب عنه قلنا لا شك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم ولو كان خبيثا لم يعطه الاجر فيحمل حديث الخبث على الكراهة تحقيقا من فعل المروءة لما فيه من الخسة والدناءة على انا نقول ان راويه ليس كابن عباس في الضبط والاتقان والفقه فلا يعارض الخبر حديث ابن عباس فيعمل بحديث ابن عباس دونه

قوله قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ما روي في الصحيح البخاري مسندا الى نافع عن ابن عمر قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن عسب الفحل والمراد منه استئجار الفحل لينزيه ولانه لا يقدر على الانزاء الا بنشاط الفحل وليس في وسع العبد احداث النشاط فكان ذلك استئجارا على عمل لا يقدر على تسليمه والاجرة لو وجبت لوجبت بمقابلة الماء المهين الذي لا قيمة له [illegible] حرام باطل وفي القاموس عسب الفحل ضرابه [illegible] القرع تعالى عسب الفحل الناقة [illegible] من الكرا باسمه وقيل عسب الرجل اي اعطيته الكرا على ضراب فحله [illegible] انه كره عسب الفحل [illegible] اخذه [illegible] **قوله** ولا الاستئجار على الاذان والحج اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه [illegible] الاستئجار على هذه الاشياء لا يجوز عندنا خلافا للشافعي قال الحاكم في مختصر الكافي

القران في ص

ولا يجوز ان يستاجر رجل رجلا لان يعلم ولده الفقه والفرائض
او يؤمهم في رمضان او يؤذن وبقول في خلاصة الفتاوى
عن الاصل لا يجوز الاستيجار على الطاعات كتعلم القران والفقه
والاذان والتذكير والتدريس والحج والغزو يعني لا يجب الاجر
وعند اهل المدينة يجوز وبه اخذ الشافعي ونصير وعصام
وابو نصر والفقيه ابو الليث رحمهم الله تعالى ثم قال في الخلاصة والحيلة
ان يستاجر المعلم مدة معلومة ثم يامره بالتعليم وذكر في شرح
القدوري لمختصر الكرخي ولا يجوز الاستيجار على تعليم القران ولا على
تعليم الصنائع ثم وجه قول الشافعي واهل المدينة ما روى مالك
في الموطا عن ابي حازم عن سهل بن سعد الساعدي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم جاءته امراة فقالت يا رسول الله قد وهبت نفسي لك
فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال زوجنيها يا رسول الله
ان لم يكن لك بها حاجة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء
تصدقها اياه قال ما عندي الا ازاري هذا فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان اعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال ما
اجد شيئا قال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من القران شيء قال نعم سورة كذا
وسورة كذا لسور سماها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
قد زوجتكها بما معك من القران ولنا ما روي في السنن مسندا الى مطرف بن
عبد الله عن عثمان بن ابي العاص قال يا رسول الله اجعلني امام قومي قال
انت امامهم واقتد باضعفهم واتخذ مؤذنا لا ياخذ على اذانه اجرا
وروى الترمذي في جامعه مسندا الى الحسن عن عثمان بن ابي العاص
قال ان من اخر ما عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ
مؤذنا لا ياخذ على اذانه اجرا وروى صاحب السنن ايضا في كتاب
البيوع والتجارة باسناده الى الاسود بن ثعلبة عن عبادة بن الصامت
قال علمت ناسا من اهل الصفة الكتاب والقران فاهدى الي رجل منهم
قوسا فقلت ليست بمال وارمي عنها في سبيل الله لاتين رسول الله
فلاسالنه فاتيته فقلت يا رسول الله رجل اهدى الي قوسا
ممن كنت اعلمه الكتاب والقران وليست بمال وارمي عنها في سبيل الله
قال ان كنت تحب ان تطوق طوقا من نار فاقبلها وحدث صاحب
السنن ايضا باسناده الى جنادة بن ابي امية عن عبادة بن الصامت

كر

رابعه

وما نرى عليها

٨٤ نحو هذا الخبر والاولى ان نقول فقلت يا رسول الله فقال جمرة بين كتفيك
تقلدتها او تعلقتها وفي الفائق اقرا ابي بن كعب الطفيل بن عمرو
الدوسي القران فاهدى له قوسا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم من
سلحك هذه القوس فقال الطفيل قال وليس قال لي اقراته القران
فقال تقلدها شلوة من جهنم قال يا رسول الله انا ناكل من طعامهم
قال اما طعام صنع لغيرك فحضرته فلا باس اما الطعام لم يصنع الا لك
فانك ان اكلته فانما تاكل بخلاقك ان تخطف من الدين والتلوه
القطعة قال الامام الاسبيجابي ولان الاستيجار على هذه الاشياء
استيجار على الطاعة والقربة فلا يجوز اخذ الاجرة على ذلك كالصوم
والصلوة وفي الجامع ان ثواب العمل من الله تعالى يحصل للفاعل
لا لغيره فكان اخذ الاجرة على عمل عمله لنفسه فلا يصح فلا يجوز
ولان العقد وقع على عمل لا يقدر على الوفاء بنفسه فوجب ان لا يجوز
كالاستيجار على حمل شيء لا يقدر على حمله بنفسه فان قيل ما جاز التطوع
به جاز اخذ الاجرة عليه اصله سائر الاعمال قيل يبطل ذلك بضراب
الفحل والجواب عن الحديث الذي احتج به الخصم قال اصحابنا ان حقيقته
متروكة لان تعليم القران لا يصلح مهرا فيحمل على المجاز وجعل
حرف الباء مستعارا للام اي زوجتها لاجل ما معك من القران
قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القران
لظهور التواني في الامور الدينية اراد بهم مشايخ بلخ قال الفقيه
ابو الليث في كتاب النوازل وانما كان يكره تعليم القران بالاجر على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حملة القران لم يكونوا الا قليلا وكان
التعليم واجبا لئلا يذهب القران قال الفقيه وبه ناخذ جاز الاستيجار
جاز الاستيجار على تعليم القران وهو قول عصام بن يوسف وابي نصر محمد بن
محمد بن سلام والشافعي وغيرهم من المشايخ الى هنا لفظ النوازل وذكر
في تتمة الفتاوى الاستيجار لتعليم الفقه لا يجوز كالاستيجار
لتعليم القران في رواية الفقيه في ادب القاضي وفي الاستيجار
لتعليم الحرف روايتان في رواية المبسوط يجوز وفي رواية القدوري
لا يجوز وذكر شمس الائمة السرخسي في باب الاجارة الفاسدة ان مشايخ
بلخ اختاروا قول اهل المدينة في جواز استيجار المعلم على تعليم
القران قلت ايضا نفتي بالجواز الى هنا لفظ شمس الائمة ثم قال ولو
استاجر انسانا ليعلم غلامه او ولده شعرا او ادبا او حرفة مثل الخياطة

الخياطة ذكرها

مجرد لتعلمه

مثل الخياطة ونحوها فالحكم سواء أن يبين المدة فإن استأجره شهرًا الى
هذا العمل يجوز ويصح ويعقد العقد على المدة حتى يستحق
الأجرة تعلم أو لم يتعلم إذا سلم الأستاذ نفسه لذلك أما إذا لم يبين
المدة ينعقد فاسدًا حتى لو علم استحق أجر المثل وإلا لا
وكذلك تعليم سائر الأعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا ولو شرط
عليه أن يحذقه في ذلك العمل فهو فاسد لأن الحذق ليس في وسع
المعلم والحذاقة معنى في المتعلم ولأن الحذاقة ليس لها حد
ينتهي إليه فكان مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة فينظر
في باب الإجارة الفاسدة في باب إجارة الرقيق للخدمة **قوله**
قال ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح أي قال القدوري في مختصره
قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي ولا يجوز
الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشيء من
اللهو وعلى الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك وهذا
كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى لأنه معصية ولهو ولعب
والاستئجار على اللعب لا يجوز لأنه منهي عنه وقد حدث صاحب
السنن عن مسلم بن إبراهيم بإسناده إلى سلام بن مسكين عن شيخ شهد
أبا وائل في وليمة فجعلوا يلعبون يتغنون فحل أبو وائل حبوته وقال
سمعت عبد الله يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الغناء
ينبت النفاق في القلب. وحدث صاحب السنن أيضا بإسناده إلى نافع
قال سمع ابن عمر مزمارا قال فوضع إصبعيه في أذنيه ونأى عن
الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئا قال قلت لا قال فرفع
إصبعيه من أذنيه وقال كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا
فصنع مثل هذا رواه في السنن كتاب الأدب وحدث البخاري في الصحيح
بإسناده إلى مسروق عن عبد الله قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ليس منا
من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وحدث
البخاري أيضا بإسناده إلى أبي بردة بن أبي موسى قال وجع أبو موسى
وجعا فغشي عليه ورأسه في حجر امرأة من أهله فلم يستطع
أن يرد عليها شيئا فلما أفاق قال أنا بريء ممن برئ منه محمد إن رسول الله
صلى الله عليه وسلم برئ من الصالقة والحالقة والشاقة رواه
في باب الجنائز قال أبو سليمان الخطابي الصالقة التي ترفع صوتها
بالبكاء والنوح بالصاد والسين والحالقة التي تحلق رأسها

في

في المصيبة والشاقة التي تشق ثوبها وفي السنن قال رسول الله ٩٠
صلى الله عليه وسلم ليس منا من سلق ومن حلق ومن خرق والطبل
إنما يكون منهيا إذا كان للهو أما إذا كان لغيره فلا بأس به
كطبل الغزاة وطبل العرس ألا ترى إلى ما قال في الأجناس ولا بأس
أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشتهر بذلك ويعلن به
النكاح وقال ظهير الدين أبو إسحاق الولوالجي في كتاب الكراهية من
فتاواه رجل استأجر رجلا ليضرب الطبل إن كان للهو لا يجوز
لأنه معصية وإن كان للغزو أو القافلة يجوز لأنه طاعة
قوله قال ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك
وقالا إجارة المشاع جائزة أي قال القدوري في مختصره قال الشيخ
أبو الحسن الكرخي في مختصره ولا يجوز إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا
يقسم عند أبي حنيفة وزفر إلا أن يكون المستأجر شريكا في العقار فيستأجر
نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة
وكذلك قال أبو حنيفة في رجلين آجرا دارا لهما من رجل فهو جائز
وإن مات أحد المؤاجرين بطلت الإجارة في نصيبه والإجارة في
نصيب الحي صحيحة على حالها ولا يجوز أيضا عند أبي حنيفة أن
يستأجر من عقار رجل مائة ذراع ولا من أرض جريبا أو جريبين
إذا كان أكثر من ذلك إلى هنا لفظ الكرخي وقال في شرح الطحاوي
إجارة المشاع من شريكه جائزة بالإجماع ومن غير شريكه لا يجوز
عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وبيع المشاع يجوز من شريكه ومن
غير شريكه بالإجماع سواء فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتمل
القسمة ورهن المشاع من شريكه ومن غير شريكه سواء كان يحتمل
القسمة أو لا يحتمل القسمة لا يجوز وعند الشافعي يجوز وهبة المشاع
فيما لا يحتمل القسمة جائزة وفيما يحتمل القسمة لا تجوز عندنا
وعند الشافعي يجوز وقرض المشاع جائز بالإجماع وأما وقف
المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعا كان أو غيره وعندهما يجوز
الوقف ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز بالإجماع وعند محمد باطل
ولو آجر داره من رجلين صفقة واحدة فإنه يجوز وهذا لا يكون
شائعا لأن الجملة فإنه إذا وهب داره من رجلين صفقة
واحدة لا يجوز عند أبي حنيفة ثم العقد متى حصل في غير المشاع
فاعترض الشيوع من بعد فإنه لا يبطل العقد كما لو استأجر دارا

مسألة في الشيوع الطارئ جائز لا يبطل الا

من رجلين ثم مات أحد المؤجرين لم تنتقض الإجارة في حصة
الحي وإن بقيت مشاعًا وكذا لو أجر داره من رجلين صحت
الإجارة ثم إذا مات أحد المستأجرين انتقضت الإجارة في حصته
وبقيت في حق الحي كما كانت جائزة إلى هنا لفظ الإمام الإسبيجابي
في شرح الطحاوي وقد صرح أن إجارة المشاع من الشريك
جائزة بالإجماع وينبغي أن يكون هذا على الرواية المشهورة عن
أبي حنيفة لأن القدوري قال في كتاب التقريب وذكر الطحاوي
عن أصحابنا أبي يوسف ومحمد وزفر الذي رواه ما يوجب أن لا تصح
إجارة المشاع من الشريك ثم قال والمشهور جوازه وذكر القدوري
أيضاً في شرحه لمختصر الكرخي فقال وأما إجارة المشاع من الشريك
فقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنها لا تجوز لأن ما لا يجوز مع غير الشريك
لا يجوز مع الشريك كالرهن والهبة وقال الإمام علاء الدين العالم
في طريقة الخلاف قال أبو حنيفة إجارة المشاع غير صحيحة سواء
كان محتملا للقسمة كالعقار ونحوها أو غير محتمل للقسمة كالدابة
ونحوها وقال صاحباه والشافعي رحمهم الله تعالى صحيحة وثمرة
الخلاف تظهر في وجوب المسمى عند التسليم فلا شفاع عنده
لا يجب ويجب عندهما ثم قال إجارة المشاع لا تجوز عند أبي حنيفة في
رواية وفي زياداته لا تجب وبعض مشايخنا عولوا على هذه
الرواية وقالوا إن هذه الإجارة باطلة وفي رواية تجب و
بعضهم عولوا على هذه الرواية وقالوا إنها فاسدة وهو الصحيح
إلى هنا لفظ العالم في طريقته وقال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أجر رجلا نصف دار له قال
لا يجوز وقال يعقوب ومحمد هو جائز ثم قال محمد عن يعقوب عن
أبي حنيفة في دار بين رجلين أجراها من رجل معا ثم ناقض
المستأجر أحدهما الإجارة في نصيبه قال لا يبطل نصيب الآخر
وكذلك إن مات أحدهما لم تبطل الإجارة في حصة الحي إلى
هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وجه قولهما أن الإجارة
بيع المنفعة لأن طريق جوازها إقامة العين مقام المنفعة
فصارت كبيع العين ثم بيع العين يصح في الشائع وغيره فكذا بيع
المنفعة ولأن العقود التي يبطلها الشيوع يستوي فيها
الشريك وغير الشريك كالرهن والهبة حتى لو رهن المشاع

المشاع
أو وهبه من شريكه أو غير شريكه لا يجوز فهنا لما ثبت أن إجارة المشاع
من الشريك جائزة ثبت أن الشيوع لا يبطل الإجارة فوجب أن تصح
الإجارة مشاعًا من الأجنبي كما تصح من الشريك وكما إذا أجر داره من اثنين
ووجه قول أبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه وكل عقد
لا تثبت القدرة عنه على تسليم المعقود عليه يفسد كإجارة العبد الآبق
والمبيع قبل القبض وإجارة الأرض السبخة التي لا تنبت للزراعة وإنما
قلنا هذا لأن البائع وإن كان متمكنا لكن لا يمكن تسليمه إلا بالتهايؤ
والتهايؤ حكم مستحق بالعقد شرعا على حكمه وهو الملك فلا يصلح سببا
لجواز العقد لأن شرط العقد يسبقه أو يقترن به وحكم العقد يعقبه
فلا تصح إجارة المشاع إذن لئلا تنقلب الحقيقة ولأن المهايأة وهي
قسمة منافع الأعيان عقد في نفسه فلو كان شرطا لصحة
الإجارة كان معتبرا له شرط عقد في عقد وذلك يفسد العقد
به ولا الإجارة ولأن المستأجر لا يتوصل إلى الانتفاع بالنصف الذي استأجره
إلا بالانتفاع بالنصف الذي لم يستأجره فصار كرجل آجر داره من رجل
على شرط للمستأجر أن يسكن بدار أخرى للمؤجر مجانا فاسد
فكذا هذا ولأنه آجر ما لا يتميز فما لم يتميز فلا يجوز كما لو آجر أحد
عبدين بخلاف ما لو استأجر من شريكه لأن العقد معه أوجب رفع
الشيوع لأن كل المنافع تحدث على ملكه فلا يظهر الشيوع أصلا
هذا على المشهور وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة فلا حاجة إلى الفرق
لأنها لا تجوز أيضا فلا يرد السؤال ولأن الإجارة من الشريك لا يحتاج فيها
إلى القسمة والمهايأة فصحت وبخلاف الشيوع الطارئ حيث تبقى الإجارة
صحيحة كما إذا آجر كل الدار ثم تفاسخا الإجارة في النصف الشائع وكما
إذا آجر الرجلان دارا ثم فسخ أحدهما الإجارة في نصيبه مع المستأجر
لا تبطل الإجارة في نصيب الآخر وكما إذا مات أحد المؤجرين أو
أحد المستأجرين لا تبطل الإجارة في نصيب الحي لأن الشيوع طرأ
بعد صحة العقد والشيوع الطارئ لا يفسد العقد كرجل وهب
لرجل دارا ثم رجع في نصفها لا تبطل الهبة في الباقي كذا ذكروا هنا
والتحقيق هنا أن يقال إن الشيوع إنما يبطل الإجارة لفوت القدرة
والقدرة ليست بشرط حالة البقاء كالعبد الآبق بعد عقد البيع
فلو كان ذلك جعل عفوا في حالة البقاء وقد عهد في قواعد الشرع أنه ليس
من ضرورة كون الشيء مفسدا للعقد ابتداء أن يكون مفسدا له بقاء

كالجهالة الطارئة في البيع وبخلاف ما اذا آجر دارا من رجلين
حيث يصح لان التسليم يقع جملة فلا شائعة لان كل واحد
منهما يستوفي منافعها على ملك الموجر ويخرج من ملكه جملة
ولا يتفسخ في ملكه بعضه المهاياة من حقوق ملكه فلا يكون المهاياة
شرطا لصحة العقد فلا يلزم ان يكون ما كان منتفيا سابقا فان قلت
كيف جوّز ابو حنيفة على الرواية المشهورة عنه اجارة المشاع من الشريك
ولم يجوّز رهن المشاع ولا هبة المشاع من الشريك ولا غيره قلت
انهما يستوجبان القبض والاشاعة تؤثر في القبض بخلاف الاجارة
فان صحتها لا تتوقف على القبض قال العتابي في شرحه لمختصر
الكرخي قال الشيخ ابو طاهر الدباس يقول ان الاجارة في المشاع انما تجوز
اذا آجر الرجل بعض ملكه لانه يهايئ المستاجر فيكون الدار في يد
المستاجر مدة وفي يد الموجر مدة فيجوز ان يستحق الموجر الاجرة
مع كون الشيء في يده واما اذا آجر احد الشريكين نصيبه فالمذهب
لان المستاجر لها في غير الموجر فلم يصح ان يكون الدار
في يد غير المستاجر واجرتها عليه كما لو اعارها او آجرها لان
ابا الحسن ذكر في جامعه نصا عن ابي حنيفة ان اجارة المشاع في
الوجهين لا يجوز انتهى لفظ العتابي في شرحه قوله والتسليم
ممكن بالتخلية اي فيما اذا آجر نصيبا من داره قوله او بالتهايؤ
اي التسليم ممكن بطريق التهايؤ فيما اذا آجر نصيبه من دار مشتركة
قوله وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور اشارة الى قوله آجر
ما لا يقدر على تسليمه اي انما قلنا هذا لاجل هذا المعنى قوله
والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا جواب عن قولهما
والتسليم ممكن بالتخلية برفع الموانع بيانه ان التخلية انما تكون
تسليما لكون التخلية سببا من التمكن ولا تمكن في المشاع
بخلاف البيع فان التمكن يحصل فيه بعدم الحاجة
التسليم بجعل المشتري قابضا بالتخلية كتعذر ذلك لان المقصود
منها الانتفاع بالحاجة والاشاعة تؤثر فيه قوله لو تهيؤا
الضمير راجع الى التخلية علينا وقيل رفع الموانع قوله على انه
لا يصح ايضا في رواية الحسن عنه اي لا يصح كعدم اجارة المشاع
من الشريك في رواية الحسن بن زياد عن ابي حنيفة قال العتابي
في كتاب التفرقات روى الحسن عن ابي حنيفة وزفر رحمهم الله بطلان العقد
في

في الجميع نفي اجارة المشاع من الشريك وغيره والشيوع الطارئ
كموت احد الموجرين او احد المستاجرين وعن الطحاوي لان المعنى
لان المعنى المفسد في الابتداء وجوب المهاياة عند الاستيفاء وهذا موجود
في الثاني قوله قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة اي قال
القدوري في مختصره والاصل في جواز اجارة الظئر قوله تعالى فان
ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وان
تعاسرتم فسترضع له اخرى اي ان ارضعن المطلقات اولادكم
فآتوهن اجورهن اذا لم يتطوعن بذلك فانهن من المنفقة والنفقة
على الاب وأتمروا بينكم اي ليقبل بعضكم بعضا في الارضاع
والزوجات بمعروف في امر الارضاع على شيء شيء على الاب
وان تعاسرتم اي تضايقتم فسترضع له امرأة اخرى كذا في التيسير
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره اجارة الظئر جائزة بكتاب الله تعالى
وهو قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى وهو نص
في الاجر والله اعلم وكذا ذكر في التفسير وهو ان يبذل الاب على
رضاع ولده اجرا وتطلب الوالدة اكثر منه فله ان يسترضع غيرها
اذا رضي الغير بما يبذله الاب من الاجر فاما اذا اذنت الام اخذه بذلك
فهي احق بذلك لان حق الحضانة لها دون غيرها لحنوها على ولدها
وانها بمعرفته وانما يجوز ذلك لها ان كانت بائنة من الزوج
كانت اي غير معتدة وهذه رواية محمد وقال الحسن لا يجوز لها اخذ
الاجر واخذ النفقة لا يمنع لها نفقة واجر رضاع فاما اذا
كانت زوجته فلا يجوز ان تاخذ على ارضاع ولدها منه اجرا
في قول اصحابنا جميعا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال العتابي
في شرحه لمختصر الكرخي فقد اختلف اصحابنا المتاخرون في حكم هذا
العقد فمنهم من قال ان العقد يقع على المنافع وهي خدمة الصبي والقيام
به واللبن يدخل على طريق التبع وذلك لان اللبن عين
من الاعيان والاعيان لا تستحق بالاجارة الا على طريق التبع كالصبغ
ومنهم من قال ان العقد يقع على اللبن والخدمة تبع بدلالة انها
لو ارضعته بلبن شاة لم تستحق الاجر وان حصلت الخدمة قال
العتابي وهذا ليس بصحيح لانه لا يمنع ان يقع العقد على خدمة
مخصوصة وهي خدمة الرضاع فاذا ارضعته بلبن شاة فلم توجد
المنافع على الصفة المشروطة وهذا كالصباغ اذا صبغ الثوب
لونا غير مشروط ويدل نص محمد على الطريق الاول فقال مستدلا

معاً مستنداً إلى أن لبن الآدمي لا يجوز بيعه لأن الإجارة تقع على منفعته ثم
فلو كان مما له قيمة لم يستحق بالإجارة فلما استحق دل على أن العقد وقع
على الخدمة واللبن يتبع ألا ترى أن لبن الشاة لما كان مقصوداً
لم يجز استئجارها للشرب والرضاع وقال الفقيه أبو الليث في شرح
الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه
أبا القسم أحمد بن حم قال الصفر بن يحيى الحسن بن سيمون
يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع
لبنها لأنه لما جازت الإجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع و
ليس سبيله سبيل الأموال لأنه لو كان مالاً لم يجز إجارته ألا ترى
أن رجلاً لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الإجارة فلما
جاز إجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس بمال وهو محرمة في باب
البيع الفاسد وإذا ثبت أن استئجار الظئر عقد على الخدمة وجب
أن يعتبر في العقد عليها ما يعتبر في العقد على استئجار العبد للخدمة
فكل ما جاز ثمة جاز هنا وما بطل ثمة بطل هنا إلا أن أبا حنيفة
استحسن استئجارها بطعامها وكسوتها وإن لم يوصف من ذلك
شيء ويكون لها الوسط منه وعندهما لا يجوز قياساً وهي
المسألة التي تليها قوله ويستثنى العقد عن الرضاع بل هو إشارة
إلى ما ذكره قريباً بصفحة من قوله لأنها لو ماتت يفسخ
عليها قوله قال يجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة
وقالا لا يجوز قال القدوري في مختصره يعني إذا استأجر الظئر
بطعامها وكسوتها ولم يزد على ذلك جاز ويكون لها الوسط من
ذلك استحساناً عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز وهو القياس
فهو قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى قال محمد في الجامع الصغير
يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر الظئر بطعامها وكسوتها
قال جائز يستحسن ذلك وقال يعقوب ومحمد لا يجوز حتى يسمي الطعام
دراهم ويسمي الكسوة ويصف جنسها وضربها وأجلها ووزنها
فهو كما بيناه هنا بلفظ أصل الجامع الصغير وجه قولهما أن هذا
بدل عن المنفعة لأنه عقد معاوضة فلا يصح مع الجهالة لأن
الجهالة مانعة من الصحة كما في سائر عقود الإجارات
وجه قول أبي حنيفة أن الجهالة ليست بمانعة لذاتها بل لكونها
مفضية إلى المنازعة والجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة لأن العادة
جارية بالإحسان إلى الظئر بعلم إنما نفقة والشاة كالشرط
في

بأن يؤتيه إياه على الوجه الذي يختار وهي تريد لحبها الولد لأن الظئر
إذا كان طعامها موافقاً رجع منفعة ذلك إلى الصبي فصار الإحسان
إليها إحساناً إلى الولد وإطعامها إطعام الولد لأنه يصل الغذاء
إليه بواسطتها وينبغي بتربيتها وهذا يجري عليه في حق الولد
من غير اعتبار الوصف فكذا أن يكون مجرياً عليه في حقها أيضاً مع
جهالة الوصف قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير
وقد احتج بعضهم لأبي حنيفة بالآية وهو قوله عز وجل وعلى
المولود له رزقهن لأنه فإن الله تعالى قد شرط للظئر الرزق والكسوة
بالمعروف ولم يقدر في ذلك تقديراً فإن قيل إنما أراد الطعام والكسوة
للزوجة لا للظئر قيل له إنما اشترط ذلك للزوجة بعد الطلاق
لأجل الرضاع فلا فرق بينها وبين ظئر أخرى ومعنى تسمية الطعام
دراهم أن يجعل الدراهم بدلاً عن الإرضاع ثم تستبدل به طعاماً
فيصح ذلك وإن سمى الطعام جاز أيضاً ولا يشترط التأجيل لأنه يثبت
بدليل وجوبه ديناً في الذمة في عامة المعاملات فإذا كان ثمناً لم يكن
لم يكن الأجل شرطاً كما في البيع إلا أنه يشترط بيان مكان الإيفاء
عند أبي حنيفة لأن له حملاً ومؤونة وأما الكسوة فلابد من بيان الأجل
فيها لأنه لا يصح ثمناً إلا كذا في شرح الكافي وقال الولوالجي
ويجب أن يسمي لها طول كل ثوب وعرضه ورقعته وضربها
لو كان أجلاً فهو جائز إلا أن الصفة فلصيرورتها معلومة وأما الأجل
فلأنه يثبت في الذمة لا إلا سلماً والأجل من شرائط
صحة السلم وكذلك الطعام إن سموا لها لكل يوم كيلاً معلوماً
فهو جائز ولا يحتاج وإنما يجب لها الوسط من الطعام والكسوة
إذا لم يوصفه عند أبي حنيفة لأن البدل إذا ثبت في الذمة مطلقاً
وجب الوسط منه كالمهر والدية قوله لما علمنا إشارة إلى قوله وجهالته
قوله لأن أوصافها أثمان أي أوصاف الطعام وأنث الضمير الراجع
على تأويل الحنطة ونحوها لكونه ثمناً قوله وقد ذكرناه في البيوع
أي في باب السلم قوله وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان
القدر والجنس لأنه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً
إلى أجل معلوم والظئر إذا استؤجرت للرضاع هل هي أجير خاص
أو مشترك تعلم الشيخ تنبيه قال الشيخ الإمام علاء الدين
في شرح الكافي الذي هو مبسوط والمسائل منها رضه في هذا الباب

بعضها يدل على انها في معنى اجير الوحد وبعضها يدل على انها في معنى
الاجير المشترك والصحيح انه ان دفع الولد اليها لترضعه فهي اجير
مشترك وان حملها الى منزله فهي اجير وحد وقال الكرخي في مختصره
والظئر بمنزلة الاجير الخاص وليس لها ان تواجر نفسها من غيرهم
الاولين قوله فليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها وهذا لفظ بلغت مقابلة
القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وان كان الزوج رضي بالاجارة فارادوا منعه من غشيانها خوفا على
الحبل ليس لهم ذلك لان هذا ضرر موهوم والمنع من الوطي
ضرر متحقق وتحمل الضرر الناجز لدفع ضرر موهوم
امر لم يرد به الشرع لكن له منعه من الدخول عليهم في منزلهم
لانه ليس له حق الدخول فان لقيها في منزله فله ان يغشاها
لما ذكرنا ولا يسع الظئر ان تمنعه نفسها ولا يسع اهل الصبي
ان يمنعوها من ذلك قوله الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم
يعلم به صيانة لحقه قال في مختصر الكرخي وللزوج ان يخرجها
من الرضاع ان لم يكن ياذن في الاجارة قال القدوري في شرحه لمختصر
الكرخي فمن اصحابنا من قال هذا على وجهين ان كان ممن يشينه ان
ترضع زوجته فله الفسخ لانها تلحق به ضررا وان كان ممن
لا يشينه ذلك لم يكن له الفسخ لانه عقد على منافع يضعها على منافع
ثديها ومن اصحابنا من قال له الفسخ في الوجهين لانها اذا ارضعت
في بيتهم فله منعها من الخروج من منزله وان ارضعت في بيتها
فله ان يمنعها من ادخال الصبي الى بيته كذا ذكر القدوري في شرحه
قوله فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي
من لبنها ذكر هذا تفريعا على مسألة مختصر القدوري قال الكرخي
في مختصره وليس للظئر ان لم تسترضع ان تفسخ الاجارة الا من عذر
والعذر لاهل الصبي ان لا ياخذ الصبي من لبنها او يكون
يقيء من لبنها او تحبل فيخافون على الصبي من ذلك او يكون سارقة
فيخافون على صبيهم فهذا عذر او يريدون سفرا بصبيهم فتابى
ان تخرج معهم فهذا عذر والعذر للظئر ان تمرض مرضا لا تستطيع
معه الرضاع فهذا عذر وكذلك ايضا ان يخرجوها اذا مرض
الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الاجارة عقد لازم لا يجوز
فسخها الا بالفسخ او عذر والعذر ما ذكره لان الصبي اذا لم ياخذ
من

من لبنها لا تسلم المنفعة المقصودة وكذا اذا تقيأ حيث يتضرر
به وكذا حبلها عذر لان لبن الحامل يضر بالصبي وكذا اذا
كانت سارقة لانهم يخافون على متاعهم ويتضررون بالبقاء على
العهد وكذا اذا كانت فاجرة بينة الفجور لانها تشتغل
بالفجور عن حفظ الصبي وكذا اذا ارادوا ان يخرجوا معهم الى السفر
لان في الزامهم ترك السفر اضرارا بهم وكذا اذا مرضت لان
لبن المريضة يضر بالصحيح وهي قد تتضرر ايضا بالارضاع
فكان لها ولهم ان يفسخوا الاجارة وكذلك ان لم يكن رضي
زوجها بالاجارة فله ان يخرجها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وهذا اذا كانت ترضع في بيتهم لان حق الحبس
للزوج يفوت حق الحبس اما اذا كانت ترضع في بيتها فليس له
منعها الا اذا كان يقعدها عن خدمة الزوج فحينئذ يملك
منعها وان اساؤوا اخلاقهم معها وآذوها بالسنتهم كفوا عنها
لان الايذاء حرام وان لم يكفوا عنها كان لها ان تخرج لان الصبر
على الاذى امر صعب فلو كلفناها ذلك اضررنا بها قوله
وعليها ان تصلح طعام الصبي هذا لفظ القدوري في مختصره
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره والذي يجب عليها
بعقد الاجارة الرضاع والقيام بامر الصبي مما يصلحه من
رضاعه وغسل ثيابه وما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن
فهو على الظئر ليس على اهل الصبي من ذلك شيء فان كان
الصبي ياكل الطعام فليس على الظئر ان تشتري له الطعام
وذلك كله على اهله وعليها ان تهيئه له الى هنا لفظ الكرخي
وذلك لان الواجب عليها هو الرضاع والقيام بامر الصبي وذلك
انما يكون بارضاعه وطبخ طعامه وغسل ثيابه فكان ذلك
عليها واما جعل الدهن والريحان عليها فلاجل ان عرفهم
كان كذلك حتى لو لم يكن ببلد كذلك يجري على ذلك لان اصحابنا
قالوا في توابع العقود التي لم تشترط ان المرجع فيها
الى عادة كل بلد وقال الكرخي في مختصره وليس لهم ان يحبسوا
الظئر في منزلهم اذا لم يشترطوا ذلك عليها ولها ان تاخذه
الى منزلها وهي مامونة عليه وفيما عليه من حلي وكسوة ان كان
معه شيء لم تضمنه قوله وما ذكر محمد ان الدهن والريحان

والأدم

على الخبز مع ذلك من عادة اهل الكوفة اي ذكره محمد في الاصل بناء
على عرف اهل الكوفة وذكر في توابع العقود يرجع الى العادة و
لهذا قالوا فيمن استأجر لبانا فالزنبيل والملبن على صاحب
اللبن للعرف وان كان عرف بلد على خلافه يؤخذ به وقالوا في
الخياط الخيط عليه وحكي ان الخبز على الخابز اذا كان
في بلد يتعاملون به وقالوا في الطباخ اذا استوجر في عرس اخراج
المرق عليه فان طبخ قدرا خاصة فليس عليه وهذا مبني على
العادة وادخال الحمل المنزل عليه اذا كان ذا ثقة يعني ما يفعله
الناس فاما الصعود على السطح او الغرفة فليس عليه الا اذا شرط
وان كان حملا على ظهره يجب الادخال وليس عليه الصعود
للعرف وقال في شرح الكافي ولا يسع الظئر ان تطعم احدا من
طعامهم بغير اذنهم لان الاباحة ثبتت لها في الاكل دون الاطعام
فان زارها احد من ولدها فلهم ان يمنعوه من الكينونة
عندها ولهم ان يمنعوها من الزيارة اذا كان يضر بالصبي
لانها تخل بما استحق بالعقد وما كان من ذلك لا يضر بالصبي
فليس لهم منعها لان صلة الاقارب واجبة فلا يكون الاخلال بها
قوله وان ارضعته في المدة من لبن شاة فلا اجر لها وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتقديره هو الموضع المحال عليه عند قوله
ويستبين العقد من الارضاع بلبن الشاة وذكر ان العقد وقع
على منفعة بصفة فاذا عدمت الصفة صارت منافعها مستوفاة
بغير عقد ولا شبهة فلا تستحق الاجرة وفي شرح الاسلام جمال الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ولو استأجر ظئرا ترضع صبيا في بيتها
فجعلت توجره بلبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلحه حتى
استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء او ليس لها لبن
فلا اجر لها لانها لم ترضعه ~~بشيء او ليس لها لبن~~ فلا اجر
اشار الى ان الارضاع ما يقع بلبن الآدمي وما وراءه يكون
اطعاما ولا يكون ارضاعا فلم يات بالمستحق عليها فلا تستحق
الاجر فان جحدت ذلك وقالت ارضعته فالقول قولها
مع يمينها لان الظاهر ان الصبي لا يبقى الا اذا ارضع بلبن الآدمي
فكان القول قولها الا ان تقوم البينة على خلاف ذلك
فيؤخذ بها لانها اقوى وان اقاما جميعا البينة اخذت

ببينتها لانها تثبت استحقاق الاجر عليه وان استأجرت
له ظئرا فان ارضعته كان مثل هذا في القياس ولكن استحسن
ان يكون لها الاجر وجه القياس ان المعقود عليه ارضاعها
ولم توجد وجه الاستحسان ان المستحق عليها فعل الارضاع فاذا
اتت به بنفسها او بنائبها تستحق الاجرة كما في الخياطة و
استئجارها وتتصدق بالفضل لانها اخذت زيادة على عمل منها
قوله لهذا المعنى انه اختلف العمل اي لانه اختلف العقد
وهو بدل عن قوله لهذا المعنى قوله فان دفع الى
حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله اي قال في
الجامع الصغير وصورته محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل دفع غزلا الى حائك يحوكه ثوبا على النصف قال
هذا باطل وله اجر مثله والثوب لصاحب الغزل الى
هنا لفظ اصل الجامع الصغير وفي فوائد شرح الجامع الصغير
وكذلك اذا استأجر حمارا او رجلا يحمل طعاما بقفيز منه محمولا
وكذلك لو استأجر طحانا ليطحن طعاما بقفيز دقيق منه فالاجارة
فاسدة ويجب اجر المثل قال الفقيه ابو الليث هذا الذي ذكره
محمد قول علمائنا المتقدمين وكان مشايخ بلخ يجيزون ذلك
مثل نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وقال في خلاصة الفتاوى رجل
دفع الى حائك غزلا وامره ان ينسج له ثوبا وبين صفته
على ان له ربعه او ثلثه للحائك اجرة لعمله لم يجز وكان
القاضي الامام ابو علي النسفي يفتي بجوازه لنسف بحكم
العرف قال والفتوى على جواب الكتاب الى هنا لفظ
الخلاصة وقال في كتاب الحرث من صحيح البخاري قال ابراهيم
وابن سيرين وعطاء والحكم والزهري وقتادة لا باس ان يعطي
الثوب بالثلث والربع ونحوه اما فساد الاجارة في هذه
المسألة فلوجهين احدهما انه جعل الاجر شيئا معدوما
وهو بعض الثوب وبعض الطعام المحمول والاجر يجب ان
يكون موجودا عينا كان او دينا فكان في معنى قفيز الطحان
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم وصورته ان يدفع حنطة
الى طحان ليطحنها بقفيز من دقيق هذه الحنطة وقد ورد
في اول كتاب الاجارة عن كتاب الآثار مسندا الى ابن رافع

نهى عنه صلى الله عليه وسلم أنه مر بحائط فأعجبه فقال
لمن هذا فقال لي يا رسول الله استأجرته من فلان قال لا تستأجره
بشيء منه والثاني أن العمل بحكم هذه الإجارة إن صادف
محلا غير مشترك بينه وبين المستأجر في الابتداء مع الانتهاء
صار محلا مشتركا لأنه إذا عمل صار شريكا ولو وقع العمل ابتداءً وانتهاءً
في محل مشترك كما لو استأجر لحمل طعام مشترك أو لطحن حنطة
مشتركة بينه وبين الطحان لا ينعقد العقد أصلا حتى لا يجب
الأجر فإذا صادف محلا غير مشترك ابتداء ومشتركا انتهاء لا ينعقد
العقد ويمتنع وصف الصحة ثم إذا فسدت الإجارة على جواب الكتاب
كان للعامل أجر المثل لأنه لم يرض بعمله مجانا فإذا سلم عمله
ولم يسلم له المسمى كان له أجر المثل لكن لا يجاوز به قيمة المسمى
لأن العامل رضي بذلك القدر فلا يستوجب الزيادة في الإجارة
الفاسدة لا تزاد على قيمة المسمى إلا إذا كان الفساد لجهالة المسمى بأن
سمى الأجر دابة أو ثوبا فحينئذ يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا
إذا فسدت الإجارة لفوات شرط مرغوب من جهة الأجير كما لو آجر
داره كل شهر بعشرة دراهم على أن يعمرها ويؤدي نوائبها فسدت
الإجارة فإن لم يعمرها المستأجر ولم يؤد نوائبها يجب أجر المثل
بالغا ما بلغ ولا ينقص عن المسمى وكذا لو قال آجرتك هذه الدار
شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الإجارة فإن سكنها يجب
أجر المثل بالغا ما بلغ تزاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا إذا لم يرجع أجر
إلى جهالة المسمى في الخمسة كذا قال محي الدين قاضي خان وإنما لا يجوز
لصاحب الفرق لأنه صاحب الأصل وأما مشايخ بلخ فإنما جوزوا
ذلك لأن الناس تعاملوا ذلك حيث احتاجوا إليه ووجدوا
له نظيرا وهو المزارعة والمعاملة قال في مزارعة العتابي
الصغرى وعرف الحاكم عبد الرحمن في الجامع الصغير هذا شرح
وليس كقفيز الطحان لأن قفيز الطحان منصوص عليه فلا يمكن
تفسيره بالتعامل أما هذا فليس بمنصوص عليه فيعتبر فيه
التعامل قال والحيلة في جواز قفيز الطحان أن يشرط صاحب
الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد ولا يقول من هذه الحنطة
لأن الدقيق إذا لم يكن مضافا إلى حنطة بعينها يجب في الذمة
فإذا طحن وأعطاه صاحب الدقيق من دقيق هذه الحنطة
إن شاء يجوز

مولانا وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات في جعل
الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير أصل عظيم يعرف به حكم
كثير من الإجارات كما إذا استأجره أن يقصر له ثوبا بجزء
منه أو من ذهبه وكذلك إذا دفع أرضه ليغرس شجرا على أن يكون
الأرض والشجر بينهما نصفان لم يجز والشجر لرب الأرض وعليه
قيمة الشجر وأجر ما عمل كذا في الشامل وكذا لو استأجره ليغزل
هذا القطن وهذا الصوف برطل من غزله أو هذا الصوف
برطل من غزله وعلى هذا اجتناء القطن بالنصف ودياس
الدخن بالنصف ودياس الدخن بالنصف وحصاد الحنطة
بالنصف ونحو ذلك كله لا يجوز **قوله** وهذا بخلاف ما إذا استأجره
ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الأجر أي هذا
الذي ذكرنا من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حمارا ليحمل طعاما
بقفيز منه بخلاف تلك الصورة فإن ثمة الإجارة باطلة
حتى لم يجب الأجر لأنه ملك الأجرة في الحال بالتعجيل فيكون حاملا
طعاما مشتركا بينهما وحامل الطعام المشترك لا أجر له لأنه
عامل لنفسه ولا يتحقق تسليم العمل فلا يجب الأجر وفيه خلاف
أبي يوسف وسيجيء بيان ذلك عند قوله وإذا كان الطعام بين رجلين
فاستأجر أحدهما صاحبه **قوله** ولا يجاوز بالأجر قفيزا يتصل بقوله
وكذا إذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه وذلك لأن العامل
رضي بذلك القدر وقد مر بيانه وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في
الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ على مذهب محمد وههنا
لا يجاوز به المسمى وهو القفيز لأنه لا يمكن تقديره بنصف
قيمة المجموع لأنه مجهول لجهالة ما يحتطبه فلا معنى للحط إذن وعند
أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن المجموع لأنه رضي به وإن كان
مجهولا للحال لكن بعرض أن يصير معلوما عند الجمع فيقدر
به وقد مر في كتاب الشركة قال القدوري في كتاب التقريب قال
أبو يوسف في الاحتطاب إذا احتطبا أحدهما وأعانه الآخر
كان للمعين أجر المثل لا يجاوز به قدر ما شرط له من الحطب وقال
محمد له أجر المثل بالغا ما بلغ وهو القياس إلى هنا لفظ
كتاب التقريب **قوله** ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه
العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد أي قال في الجامع الصغير

وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستأجر
الرجل يخبز له هذه القفيز مخاتيم هذا اليوم بدرهم قال
هو اني سد الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر الخلاف
فيه لكنا نروي قالوا في شرح الجامع الصغير وذكر في كتاب
الاجارات ان على قولهما الاجارة جائزة وقال الحاكم الشهيد في
الكافي واذا استأجر الرجل رجلا ليعمل له عملا معلوما اليوم
الى الليل بدرهم خياطة او صباغة او خبزا او غير ذلك فالاجارة
فاسدة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد نجيزها استحسانا
ونجعل الاجارة على العمل دون اليوم فان فرغ منه في انصاف اليوم
فله الاجر كاملا وان لم يعمله في اليوم كان عليه العمل في الغد
وجه قولهما ان قصد المستأجر بالاجارة اقامة العمل فكان
ذكر اليوم للاستعجال لتصحيح العقد فصار كما لو قال استأجرتك
لتعمل هذا العمل واعمل في هذا اليوم ولا تؤخره ولو قال هكذا
كانت الاجارة جائزة فكذا هذا فصار كما لو قال ان خطته اليوم فلك
درهم وكما لو استأجر لرعي غنامه شهرا وجه قول ابي حنيفة
ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر شيئين مختلفين يصلح كل واحد منهما
ان يكون معقودا عليه لان ذكر العمل يقتضي ان يكون المعقود عليه
نفس العمل وذكر المدة يدل على ان المعقود عليه المنفعة ولا دليل
على ترجيح واحد منهما وحكم كل منهما مختلف لان المعقود عليه اذا كان
هو العمل يصير اجيرا مشتركا فلا يجب الاجر الا بالعمل واذا كان المعقود
عليه هو المنفعة يصير اجيرا وحدا فيجب الاجر بتسليم النفس
في المدة وان لم يعمل فيشتمل الاجارة وقعت على المجهول والاجارة
على المجهول باطل بخلاف ما اذا استأجر على ان يعمل هذا العمل وشرط
عليه ان يفرغ منه اليوم لان التعارض لم يقع في نفس العقد
فحمل الشرط على الاستعجال كذا في المختلف والمختصر وذكر لو استأجر
دابة من الكوفة الى بغداد بلا ان يأتيه فهو على هذا الاختلاف وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر هشام عن محمد
انه قال في قول ابي حنيفة اذا استأجرتك لهذا العمل اليوم
فالاجارة فاسدة وان قال في هذا اليوم فالاجارة جائزة قال
والمعنى في ذلك انه اذا قال هذا اليوم جعل اليوم مدة الاجارة
واذا قال في هذا اليوم لم يجعل اليوم مدة ولكن جعل اليوم ظرفا

لهذا

لهذا العمل والمنفرد الصانع لنفسه واما تسمية لانه يجعل
على علاه جانها مطبوع لئلا يزاد عليه ولا ينقص كما في القفيز
ويد ... مثله في الطلاق اي في فصل اضافة الطلاق
الى الزمان في قوله انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار وقد
امضينا بيانه ثمة قوله قال ومن استأجر ارضا على ان يكربها
ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يستأجر من
الرجل ارضا بيضاء على ان يكربها قال جائز وان شرط على ان يزرعها
فهو جائز وان شرط على ان يسقيها فهو جائز ولو شرط عليه رب الارض
ان يثنيها فالاجارة فاسدة وكذلك ان اشترط ان يكري انهارها
فالاجارة فاسدة وكذلك ان اشترط ان يسرقنها فالاجارة فاسدة
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير والاصل هنا ان ما كان ملائما للعقد
لا يكون مفسدا للعقد وما كان مخالفا للعقد يكون مفسدا
له ثم بعد ذلك نقول انما تستأجر الاراضي لمنفعة المستأجر خاصة
فما لا ينتفع به المستأجر خاصة كالكراب والزراعة والسقي
يكون ملائما للعقد حتى لو استأجرها على ان يزرعها ويكربها
او على ان يزرعها بغير كراب جاز اذا اشترط عليه السقي
لانه ينتفع بالزراعة لا بالكراب والسقي وليس في السقي
منفعة للمستأجر ولا منفعة لرب الارض سوى الاجر فلما كان ملائما
للعقد جاز كما اذا استأجر دارا ليسكنها وكل ما ينتفع
صاحب الارض خاصة يكون مخالفا للعقد مفسدا له كشرط القاء
السرقين ورد الارض مكروبة وهو احد تأويلي التثنية و
تكرار الكراب وهو الثاني وتأويل الآخر التثنية فهو ان يردها مكروبة
عند البعض وهو الصحيح فلانه شرط لا يقتضيه العقد
ولاحد المتعاقدين فيه منفعة فصار مفسدا ثم قالوا هذا في ديارهم
وديار بلدنا ... ولبعض ديارنا لان الارض تخرج الريع تاما بالكراب
مرة فيكون هذا الشرط في مثل هذا الموضع شرطا لا يقتضيه
العقد فاما اذا كان في موضع يحتاج الى الكراب مرتين لا يكون شرط
التثنية مفسدا للعقد لانه من مقتضيات العقد واما اذا شرط
ان يسرقنها فلان منفعته تبقى الى العام القابل فيكون هذا
شرطا لا يقتضيه العقد ولاحد العاقدين فيه منفعة

في الرجل

للانتفاع
وأما إذا شرط كري الأنهار فلانه على الآجر لانه من جملة التمكين من
فلا يشترط على المستأجر كما في مقتضى العقد ثم اختلف المشايخ
فيه منهم من يسوي بين الأنهار وبين الجداول عملا بإطلاق
لفظ الكتاب وهذا القول مختار الشيخ الإمام الأجل أبي بكر
أبي بكر خواهرزاده وبه كان يفتي ومنهم من فرق فقال اشتراط
كري الجداول صحيح لأن ذلك واجب على المستأجر بدون الشرط فإنه
لا يبقى أثره بعد العام وإذا شرط على المستأجر فقد شرط
ما يقتضيه العقد فلا يفسد العقد وهو الصحيح قال الصدر
الشهيد وهو مختار الشيخ الإمام الأجل الوالد وإليه أشار الأئمة
وإلى هذا القول ذهب صاحب الهداية حيث قال وليس المراد بكري
الأنهار الجداول بل المراد منه العظام هذا احترز صاحب الهداية
بقوله هو الصحيح عن قول خواهرزاده وقال فخر الإسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير وكري الأنهار إنما يراد به الأنهار العظام
لأن منفعة كريها تبقى إلى العام الآخر بخلاف ما إذا كان الجداول
فلا يبقى منفعة كريها إلى العام الثاني فلا ... اسم الأنهار
على الإطلاق ولا يتناول الجداول فقال كربت الأرض أكربها
كربا وكرابا إذا أثرتها للزرع وفي المثل الكراب على البقر
أي لا يكرب الأرض إلا بالبقر يعنون أن ممارسة كل أمر جرت
بالنية وفي لفظ المثل خلاف يعرف في المستقصى وكري النهر حفره
قوله قال وإذا استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى
فلا خير فيه أي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يؤاجر الأرض ليزرع بزراعة أرض
قال لا خير فيه إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وقال الشيخ
أبو الحسن الكرخي في مختصره قال علي بن الجعد وبشر بن الوليد
عن أبي يوسف في رجل استأجر عبدا بخدمة شهرا بخدمة أمة
تخدمه شهرا قال أبو حنيفة هذا فاسد ولا يجوز إجارة
خدمة بخدمة ولا سكنى بسكنى ولا زراعة أرض بزراعة أرض أخرى
فإن خدم أحدهما ولم يخدم الآخر فعليه أجره وكذلك ركوب
دابة بركوب دابة أخرى وكذلك الأعمال كلها إذا اتفقت فهي
بمنزلة ذلك وقال أبو حنيفة إذا اختلف العملان جازت
الإجارة في الحرير والعدس إذا تبيس فإذا اتفق العملان وكان أحدهما

فلا

٤٨

فلا أجره قال أبو الحسن وإن اختلفا أن يستأجر دارا يسكنها بزراعة
أرض أو بخدمة عبد أو سكنى دار أو زراعة أرض بركوب دابة
فهو جائز ثم عندهم جميعا إذا كان محلها ... عندهم جميعا
إذا كان متفقا فلا اختلاف بين أصحابنا أن المتفق الإجارة فيه
فاسدة والمختلف جائزة إلا أني أحفظ أنه لا أجر عليه في المتفق إلا
ما رواه علي بن بشر عن أبي يوسف وليس عن غيره خلاف هذا
ثم أحفظ إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره وعند الشافعي يجوز
إجارة المنافع بجنسها كالسكنى بالسكنى والركوب بالركوب ونحو ذلك
له أن المنافع في باب الإجارات لها حكم الأعيان فيكون سواء اختلفت
المنافع أو اتفقت كما إذا باع أرضا بأرض والدليل على أن للمنافع
حكم الأعيان لو استأجر المنافع ببدل دين جاز ولو لم يكن لها حكم
الأعيان لم يجز لأنه يلزم الكالئ بالكالئ وهو منهي ولنا وجهان
في المسألة أحدهما ما ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح
الكافي أن محمد بن سماعة كتب إلى محمد بن الحسن في هذه المسألة
يسأله عن جوابها إذا طلبت الفكرة وخفيت الحجة وجالت
الجيشاني وكانت مثل ذلك أما علمت أن بيع القوهي بالقوهي نساء
لا يجوز لعلة أن بيع القوهي بالقوهي نساء إنما لم يجز لأن أحد
وصفي علة الربا وهو الجنس في القوهي فيحرم النساء فكذا
في المنافع إذا اتفقت وجد الجنس فيحرم النساء وهذا هو المراد
من قوله في المتن إلى هذا أشار محمد وبيان ذلك أن المنافع لا
تملك في الحال بل على تقدير وجودها شيئا فشيئا فيصير كأنه تأخير
فيتحقق النساء والثاني أن القياس يأبى جواز الإجارة لكون
المنافع التي هي معقود عليها معدومة حقيقة حال ورود
العقد لأنه لا صحة للعقد إلا بقيام محل العقد ولكن جوزت
ضرورة دفع حوائج الناس بإقامة العين مقام المنافع في صحة
العقد إذا السبب فإذا اتفقت المنافع انعدمت الضرورة
لأن الحاجة تندفع بما عنده فلا حاجة إلى عقد الإجارة فيبقى الحكم على
أصل القياس بخلاف ما إذا استأجر المنفعة بخلاف جنسها لأن
الحاجة تمس إلى تحصيل تلك المنفعة فجوزت فيبطل قياس الخصم
ولا يلزم إجارة المنافع ببدل دين لأنا لما أقمنا الدار مقام
المنافع لتصحيح العقد لم يلزم الكالئ بالكالئ لأن الدار عين حاضرة

حش الجيشاني ... منسوب ... في ذي ... بنه

ولكن مع هذا شبهة الذهنية في المنافع ثابتة وحرمة ربا النسا
تثبت بشبهة الدليل كحرمة النسا اذا تفرق الجنس لوجود شبهة
الدليل وهي وجود احد وصفي علة الربا والله الهادي توبه
فهي منسوبة الى توهستان وهي من بلاد فارس قوله
قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه
او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في طعام بين رجلين استاجر احدهما دابة صاحبه ليحمل
الطعام الذي هو بينهما قال لا اجر له الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وعند الشافعي تصح الاجارة ويجب له المسمى لانه اكترى
بدل معلوم لعمل معلوم في محل هو ملك المستاجر ويعتاد فيه
الاجير فيجب له الاجر ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له بطل
كالاجارة منافعه له فيما يملكه وذلك لانه استاجره لعمل في محل
شائع والانتفاع بالحمل في الشائع لا يتصور فلا تصح الاجارة ولانه
عامل لنفسه والا ان لا يستحق عليه لنفسه اجرا لانه لا يتميز
نصيبه من نصيب شريكه لكونه شائعا فيكون عاملا لنفسه في كل
جزء من المعقود عليه وعلل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير بان المستاجر يتوصل الى حمل نصيب شريكه فصار كان
المستاجر استاجره ليحمله واشترط للاجير منفعة سوى الاجر
فصار بمنزلة بيع وشرط ثم اذا حمل لا يجب له الاجر لان الاجر
يجب في الاجارة الفاسدة اذا كان له نظير من الاجارة الجائزة و
هذه الاجارة لا نظير لها من الاجارات الجائزة لانه استاجره
لعمل هو فيه شريك وقال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن
محمد في طعام بين رجلين ولاحدهما سفينة فاراد ان يحملا
الطعام من بلدهما الى بلد اخر فاستاجر احدهما نصف
سفينة صاحبه بعشرة دراهم فهو جائز وكذلك لو
ارادا ان يطحنا الطعام من بلدهما الى بلد اخر فاستاجر احدهما
نصف ما ستاجر نصف الرحى الذي لشريكه فالعكس كذلك لو
استاجر منه انصاف جوالقه هو ليحمل فيها هذا الطعام
عبد صاحبه الى مكة فهو جائز ولو استاجر عبد صاحبه او دابته ليحمله او
او دابته فاستاجر العبد ليحفظ الطعام وسوا استاجر العبد او الدابة كله

ان نصفه

ان نصفه فان ذلك لا يجوز فان حمل على الدابة فلا اجر له قال
الكرخي قال محمد وكل شيء استاجر من صاحبه مما يكون عملا فانه
لا يجوز فان عمله فلا اجر له وكل شيء ليس يكون عملا استاجر
احدهما من صاحبه فهو جائز قال شمس الائمة السرخسي في الكفاية
والاصل ان في كل موضع لا يستحق الاجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة
لا يجوز لانه لا يتمكن من نقل الطعام المشترك بنفسه او دابته
او غلامه وكل ما يستحق بدون ايقاع عمل في المشترك كحدود في الدار
والسفينة والرحى يجب الاجرة بوضع العين في الدار والسفينة
والرحى لا بايقاع عمل قوله لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع
لانه لا يمتاز نصيب المستاجر من نصيب العامل وكل جزء فرضته
في الشائع فللعامل فيه نصيب فيكون عاملا في كل الجزء لنفسه
لا للمستاجر والمستاجر انما استاجره ليعمل له لا لنفسه ولا اجر
للعامل لنفسه قوله بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه
هنالك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وهذا جواب
عن قياس الخصم بقوله كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره
يعني ان المعقود عليه في المتنازع فيه ايقاع العمل وهو لا يتصور
في الشائع فلا يجوز ولا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة اذا اجرها
احد الشريكين لوضع الطعام فانه يجوز ويجب المسمى لان المعقود
عليه المنافع لا ايقاع العمل في العين المشتركة فيمكن التسليم
في المعقود عليه ولهذا يجب الاجرة بمجرد وضع الطعام بلا ايقاع
عمل في الدار ويجب الاجر ايضا اذا سلم المفتاح ولم يضع فيها الطعام
الى انقضاء المدة قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه
الخصم ايضا اذا استاجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعني ان
المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي
فيمكن بيانه حكما وان لم يمكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه
امر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو كان بين رجلين
طعام فاستاجر احدهما صاحبه ليحمله او ليطحنه لم يجز قال
وكذلك لو بيع الغزل او رعي الغنم التي بينهما لا اجر له في ذلك قوله
ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها
فالاجارة فاسدة وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه

محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يواجر الارض ولم
يسم انه يزرع فيها شيئا قال الاجارة فاسدة فان اختصما قبل
ان يزرعها افسدتها وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر
الذي سمى الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وكان القياس
ان يذكر هذه المسئلة في اول باب ما يجوز من الاجارة عند ذكر مسئلة
العقد وهي قوله ويجوز استيجار الاراضي للزراعة ولا يصح
العقد حتى يسمي ما يزرع فيها او يقول على ان يزرع فيها ما شاء
ولكن مع هذا لا يحمل ذلك على التكرار لان في مسئلة الجامع الصغير
فائدة وهي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذي سمى
ثم اعلم ان اجارة الارض لا تجوز حتى يبين ما يزرع فيها او اي شيء
يزرع فيها وذلك لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها من
الغرس وحفظ الامتعة وما اشبه ذلك فما دام لم يبين الزراعة
لا يصير المعقود عليه معلوما فيفسد العقد لجهالته ثم من
الحبوب التي تزرع ما يكون اكثر ضررا بالارض فلا بد من ان يبين
اي نوع يزرع فيها حتى لا يفضي الى الجهالة المفضية الى المنازعة
فان زرعها بعدما فسد العقد للجهالة تعين ذلك الزرع
معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا
لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد وعند زفر لا ينقلب العقد
جائزا وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا وقول زفر
هو القياس لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا الا بالتجديد
كما لو اشترى خمرا او خنزيرا وتقابضا فاما هو الاستحسان ووجهه
ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فاذا زرع فيها صار كان العقد
وقع على هذا العمل ابتداء فجاز العقد لان الفساد الذي كان
للجهالة ارتفع قبل تقرره فصار كان الجهالة ارتفعت حالة العقد
واما اذا كان القاضي نقض الاجارة للجهالة فاذا ارتفعت الجهالة
~~ارتفعت حالة العقد واما اذا كان القاضي نقض الاجارة~~
للجهالة فاذا ~~ارتفعت~~ الجهالة يبقى على النقض كما قلنا فيمن باع
شيئا الى الحصاد والدياس ثم اسقط الاجل في المجلس او بعده قبل
اوان الحصاد والدياس انقلب جائزا عندنا خلافا لزفر
وكذا في الصرف وشرط الخيار والاجل اذا اسقط ذلك قبل الافتراق
يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر قوله كما اذا اسقط الاجل
المجهول

المجهول اراد به ما اذا باع الى الحصاد والدياس ثم اسقط الاجل قبل
اوان الحصاد والدياس جاز عندنا خلافا لزفر فعلى هذا جعله
متفقا عليه عند ذكر الدليل فانه لظهوره قوله والخيار الزائد
في المدة يعني اذا باع بشرط الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط اليوم الرابع
الذي هو الزائد على مدة شرط الخيار وهي ثلاثة ايام جاز خلافا لزفر
فعلى هذا كان جعله متفقا عليه ايضا عند ذكر الدليل لظهوره قوله
ومن استاجر جمالا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه يحمل
ما يحمل الناس فعطب في نصف الطريق فلا ضمان عليه وهذه من اصل
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
استاجر من رجل جمالا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه
فحمل عليه مثل ما يحمل الناس فعطب في بعض الطريق قال لا ضمان على
المستاجر وان بلغ بغداد فعليه الاجر الذي سماه وان اختصما قبل
ان يحمل عليه شيئا نقضت الاجارة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو
مبسوطه قبل ان يحمل عليه وان استاجرها الى مكان معلوم
ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصما ردت الاجارة لان الحمل يختلف
باختلاف المحمول فلا بد من بيانه ليصير المحمول معلوما واذا لم يبين
فسد العقد فلذا ردت الاجارة عند اختصامهما وان حمل عليه او ركبه
الى ذلك المكان فعليه ما سماه من الكراء استحسانا لانا جعلنا
التعيين بالفعل كالتعيين بالقول في حالة لها حكم ابتداء العقد
لان العقود في حق الحكم ينعقد عند حدوث المنفعة ولو عين
في الابتداء صح فكذا في هذه الحالة وكذا لو استاجر عبدا ولم يسم ما يستخدمه
له كذا في شرح الكافي وما الجواب فيما في شرح الجامع الصغير
وان اختصما قبل ان يحمل عليه القاضي فالقاضي ينقض الاجارة لان
العقد فاسد ما لم يحمل عليه وكذا لو استاجر ثوبا للبس ولم يبين
اللابس لا يجوز لان الناس يتفاوتون في لبسه فان عين اللابس بعد ذلك
يجوز استحسانا وانما قيد بقوله حمل مثل ما يحمل الناس واراد
به الحمل المعتاد لانه اذا حمل غير المعتاد فهلك الجمل يجب
ان يضمن وانما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة
لان مطلق الاذن ينصرف الى المعتاد ولم يتعد المعتاد والعين
امانة في يد المستاجر لانه قبضها باذن المالك ولم يوجد منه الخلاف
بعد ذلك فلا يضمن وهذا لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح

يعني الإجارة الصحيحة إذا لم يوجد الخلاف لا يجب الضمان
فكذا في الإجارة الفاسدة فكيف وقد تعلق العقد جائزا بالجملة
المعتاد استحسانا **قوله** في المسئلة الأولى أراد بها ما إذا استأجر
أرضا للزراعة ولم يسم ما يزرعها ثم زرعها ومضى الأجل يجب الأجر
المسمى استحسانا فكذا هنا إذا حمل إلى بغداد يجب الأجر المسمى استحسانا
قوله إذ الفساد قائم بعد أي فساد العقد لما ثبت بعد عقد الإجارة
فعل الحمل على الحمار وقبل الزراعة في الأرض فسخ الإجارة
دفعا للفساد فلو قال صاحب الهداية رفعا للفساد بالراء مكان قوله
دفعا للفساد بالدال كان أولى لأن الفساد قائم فيحتاج إلى الرفع
لا غير ثم حتى يحتاج إلى الدفع فافهم ويقال نفقت الدابة نفوقا
إذا ماتت ونفق المتاع نفاقا والنفاق ضد الكساد وهو من
باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وضمها في المضارع

باب ضمان الأجير لما فرغ عن ذكر أنواع الإجارة
صحيحها وفاسدها شرع في باب الضمان لأنه من جملة العوارض التي
تترتب على عقد الإجارة فيحتاج إلى بيانه **قوله** الأجراء على
ضربين أجير مشترك وأجير خاص فالأجير المشترك من
لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار أي قال القدوري
في مختصره قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره والأجير المشترك
القصار والصباغ والخياط والصائغ وكل من يستحق الأجر بعمله
دون تسليم نفسه ثم قال الكرخي والأجير الخاص من يستحق الأجر
بالوقت دون العمل وذلك كرجل استأجر رجلا ليخدمه شهرا
بخمسة دراهم أو كل شهر بخمسة دراهم أو ليقصر معه أو ليخيط
معه أو ليعمل عملا من الأعمال سماه كل شهر بكذا وكذا أو كل سنة
بكذا وكذا ظهر أنه هو الخاص إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال
في شرح الطحاوي الأجير المشترك هو أن يتقبل العمل من غير واحد
والأجير الوحد أن يتقبل العمل من الواحد وفي الأجير المشترك
المعقود له يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس وفي العقد في
أجير الوحد يقع على تسليم النفس في المدة لا على تسليم
العمل إلى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال شيخ الإسلام علاء الدين
الإسبيجابي في شرح الكافي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الأجير المشترك
عندنا القصار والخياط والإسكاف وكل من يتقبل الأعمال
من غير واحد والأجير الوحد مثل أن يستأجر الرجل

أو كل يوم بكذا أو كل جمعة بكذا

ليخدمه

ليخدمه شهرا أو ليخرج معه إلى مكة أو ما أشبه ذلك والأصل فيه
أن كل من ينتهي عمله بانتهاء مدة معلومة فهو أجير وحد وكل من لا ينتهي
عمله بانتهاء مدة فهو أجير مشترك لأنه إذا انتهى عمله بمدة لا يقدر على
أن يؤاجر نفسه في تلك المدة من غيره **قوله** فمن هذا الوجه سمي
مشتركا أي من حيث إن منافعه لم تصر مستحقة لواحد سمي هذا الأجير
أجيرا مشتركا **قوله** والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن عند أبي حنيفة وهذا
لفظ القدوري في مختصره والصحيح عند أبي يوسف ومحمد قال الكرخي في مختصره
وإذا سلم إليه ما استؤجر عليه وقبضه فهو أمانة في يده عند أبي حنيفة
وزفر والحسن بن زياد وهو قول حماد بن أبي سليمان وقال أبو يوسف ومحمد هو
مضمون عليه بالقبض إن هلك في يده أو تلف لوجه من الوجوه
إلا أن يكون من شيء غالب لا يستطاع الامتناع منه مثل حريق غالب
أو عدو مكابر أو سارق مكابر إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره
وعندنا أنه في يد الأجير أمانة على الأصح وفي قول آخر عنه يضمن
وقول مالك إن يد الأجير المشترك يد ضمان خلافا لما نص القدوري
رحمهم الله وجه قولهما ما روي في شرح الكافي أن عمر بن الخطاب كان يضمن
الصباغ بما أفسدوا من متاع الناس لوضعه على أيديهم وروي في شرح الكافي
أيضا أن عليا كان يضمن الخياط والقصار ومثل ذلك من الصناع احتياطا
للناس أن يضيعوا أموالهم وهكذا كان من رأيه بديا ثم رجع عنه كذا
ذكره شيخ الإسلام الإسبيجابي في أول كتاب الإجارات ولأن الحفظ يجب عليه
بعقد الإجارة كالعمل ثم العمل مضمون عليه ولهذا يضمن ما جنت
يده كالدق فكذا الحفظ بخلاف الأجير الوحد فإنه لا يضمن ما جنت يده
أيضا لأن المعقود عليه تسليم النفس لا العمل ووجه قول أبي حنيفة ما ذكره
محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن شريحا لم يضمن
أجيرا قط إلى هنا لفظ كتاب الآثار وكان حكم شريح بحضرة الصحابة
والتابعين من غير نكير فحل محل الإجماع وروى محمد أيضا في كتاب
الآثار عن أبي حنيفة عن ... عن محمد عن أبي جعفر
محمد بن علي عن علي بن أبي طالب أنه كان لا يضمن القصار ولا الصائغ ولا الحائك
ولأن العين أمانة في يده لأن القبض حصل بإذنه فلا يضمن ولأن
الواجب عليه بعقد الإجارة هو العمل لا الحفظ ألا ترى أن الأجر
يجب بمقابلة العمل دون الحفظ فكان العمل مضمونا دون الحفظ
إلا أن العمل لا يكون إلا بالحفظ فيثبت لأنه الحفظ ولا يلزم من ذلك

وإن هلك لم يضمن عند

كان عمر

ان يكف الحفظ فلانها عين قبضها باذن مالكها لا على وجه التملك
والوثيقة فلا تكون مضمونة كالوديعة والعارية وان قبضه لو تلف به
الضمان لا يستوي فيه ما يمكن دفعه وما لا يمكن دفعه كالغاصب
وقول ابي حنيفة قياس لان المحل امانة في يده وهلاك الامانة
من غير صنعه لا يوجب الضمان وقولهما استحسان ووجهه انه روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما
قال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الرجل يستصنع الشيء
كانت المسألة مختلفا فيها بين الصحابة والتابعين فابو حنيفة اخذ
بقول البعض وهما بقول البعض ثم عندهما اذا ضمنه ان شاء ضمنه قيمة الثوب
مقصورا واعطاه الاجر لانه قد سلم العمل اليه لكونه حدث
بفعله زيادة في الثوب فكان عليه الاجر وعلى الاجير ضمان الزيادة
مع الاصل وان شاء ضمنه قيمة الثوب ولم يعطه اجر القصارة لانه هلك
المحل قبل وصول العمل الى يد المستاجر حقيقة فاشبه هلاك المبيع قبل
القبض كذا في شرح الكافي في باب ما يضمن الاجير للعامل وقال الاسبيجابي في باب
ما يضمن فيه الاجير قال ابو حنيفة ان هلك الثوب عند القصار
فلا ضمان عليه وهو مؤتمن بعد ان يحلف ذكره الكرخي وكذلك
جميع العمال لانه لا جناية منه وعندهما يضمن لانه دخل
في ضمانه بالعقد وان لم يكن منه جناية قوله وما تلف بعمله
كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به
المكاري الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه هذا لفظ
القدوري في مختصره وبمعناه فيه الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق
في السفينة او سقط من الدابة قال صاحب الهداية وان كان بسوقه
وقوده قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واجمع ابو حنيفة وابو يوسف
ومحمد وابن ابي ليلى انه مضمون بالعمل الذي يأخذ عليه الاجر فيضمن
القصار ما تخرق من دقه او من مده او من عصره او بسطه
وكذلك الصباغ في ذلك كله ويضمن القصار ما تلف في طبخ الثوب كما يطبخ
وكذلك الملاح يضمن ما كان من مده او جذفه او ما يعالج به السفينة
للسير وكذلك الحمال اذا سقط ما حمله من راسه او يده او عثر
فسقط معه فانه يضمن ذلك وكذلك الجمال او المكاري اذا كان
من سوقه او قوده او انقطع الحبل الذي شده على المتاع فسقط
المتاع وفسد كل هؤلاء يضمنون ما يفسد به المتاع من فعل يلحقه
منه عند حمله بنفسه او بسوقه لدابته عليه المتاع او قوده

وقال

وقال حماد بن ابي سليمان وزفر والحسن بن زياد وهو قول شريح ذلك لا يضمن
الا ان ينفلت كما يضمن المودع اذا تعدى ولا يضمن ما كان فيه من عمل
المستاجر عليه لانه ماذون له فيه الى هنا لفظ الكرخي قال
علاء الدين العالم في طريقته الخلاف قال علماؤنا الثلاثة الاجير المشترك
يضمن ما جنت يده استحسانا والقياس ان لا يضمن وهو قول زفر والشافعي
وصورة المسألة اذا دفع ثوبا الى قصار ليقصره باجر فدقه فتخرق
وتخرق الثوب الى هنا لفظ العالم وقال الصاعي في التحفة ولو تخرق من
اجير القصار لا ضمان عليه ولكن يضمن القصار على الاستاذ لان عمله ينتقل
اليه كانه فعله بنفسه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي اذا دق اجير القصار ثوبا فخرقه فالضمان على الاستاذ
دون الاجير لانه نقلنا فعله الى الاستاذ فكان الضمان عليه ولو وطئ
الاجير على ثوب القصار وهناك ثوب اعلمه مخرقة كان ضمانه عليه
خاصة لانه ليس بماذون فيه بالمشي عليه وان كان مما يوطأ فلا ضمان
عليه لانه ماذون في وطئه ولو وطئ القصار ثوبا وديعة عنده فتخرق
كان ضامنا له وان كان مما يوطأ اذا لم يكن اذن في بسطه ووطئه لانه لا يملك
بغير امره فيضمن كذا في شرح الكافي وجه قول زفر انه عمل ماذون فيه فلا
يضمن ما تولد منه كالبزاغ والفصاد والختان واجير الوحد
والمعين ولمشايخ القصار وجه قولنا انه اتلف مال الغير بغير اذنه
فيضمن هذا لان العقد ورد على العمل المصلح لا المفسد فان من عمل
صحا انه لم يتناوله الاذن لانه امره بالقصارة والتخريق ليس
بقصارة كما اذا خرقه قبل العقد بخلاف البزاغ والفصاد
والختان فان العقد ورد على فعل هو جرح وصفة السلامة والسراية
ليست بداخلة تحت العقد لان ذلك ليس في وسعه فلم يلزم الضمان
اذا لم يجاوز الموضع المعتاد وههنا الدق المصلح في وسعه والتحرز
من غفلته وجهله فافترقا وكذا اجير الوحد لان المعقود عليه
المنفعة لا العمل ولهذا يستحق الاجر بتسليم النفس في المدة وان لم يعمل
فلم يوجد منه التزام سلامة العمل لا محالة فلم يلزمه الضمان
والمعقود عليه في الاجير المشترك العمل ولهذا لا يستحق الاجر ما لم
يوجد العمل فاذا لم يسلم العمل بفساد المعقود عليه لزمه الضمان
وكذلك المعين فانه واهب لعمله والهبة لا تقتضي وصف
السلامة واما تلميذ القصار فهو اجير وحد ومعين ولا ضمان

لوجب

على احدهما لما قلنا وكمن على الاسناد لان الحمل مضاف اليه ولهذا
الاخر لعمله فيصير كان الاسناد عمل بيد التلميذ فان لم يلزم
الضمان اذا غرق او انكسر السفينة او سقط من الدابة لا يضمنان
للادمي لا يجب الا بالجناية وعقد الاجارة ليس بجناية فلا يكون
سببا للضمان قيل هذا اذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده
والا فهو كالمتاع والصحيح عدم الفرق هكذا روى الحسن عن سماعة
عن ابي يوسف في الوضيع **قوله** وان استاجر من يحمل له دنا من
الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته
في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي
انكسر واعطاه اجره بحسابه وهذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل استاجر الرجل
بقيراط يحمل له دنا من الفرات الى منزله فلما بلغ نصف الطريق
وقع منه فانكسر قال ان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله فيه
واعطاه من الاجر بحساب ذلك وان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي
حمله فيه ولا اجر له الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير فانما وضع
المسالة في الفرات لان الدنان الجديدة تكاد تباع هناك كذا قال
الامام العتابي واصله ان الاجير المشترك يضمن ما جنت يده عندنا
خلافا لزفر وان فعل لانه ماذون في عمله فلا يضمن ما تولد منه كالاجير الوحد
ولنا ان الاذن في العمل المصلح لا المفسد فيضمن كما قبل العقد وسيجيء
تمام البيان قبل هذه المسالة قال في شرح الطحاوي زلو زحمه الناس
حتى انكسر فانه لا يضمن بالاجماع لان ذلك بمنزلة الحرق الغالب
ولو انه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع الى هنا
لفظ شرح الطحاوي ثم صاحب المتاع بالخيار في التضمين ان شاء ضمنه
قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحساب ذلك القدر لانه سلم
بعض عمله وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي وقع عليه عقد الاجارة
ولا اجر للحمال لانه فسخ عمله قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
ذكر عن بشر انه قال هذا مذهبهما فاما على قول ابي حنيفة ينبغي ان لا يضمن
الا في الموضع الذي انكسر خاصة لان من اصل ابي حنيفة ان الشيء
لا يكون مضمونا على الاجير المشترك الا ان يهلك من عمله وانما وجب
عليه الضمان بعمله وحصل الضمان في ذلك الموضع خاصة قال الفقيه
ولكن تعاليل هذا على اصل ابي حنيفة صحيح لان الضمان انما وجب عليه

يعمله

يعمله وانما يجب عليه بسبب عقد متقدم ولولا ذلك العقد لا يجب
عليه الضمان فلما ثبت ان الضمان وجب عليه بالعقد فلما هكذا في عمله
وجب الضمان وذلك الفعل مسندا الى العقد فكان حين يجب بالخيار ان شاء
ضمنه بالعقد في اول ما حمل لان العقد هو السبب لوجوب الضمان
وان شاء ضمنه في المكان الذي انكسر فيه لان الضمان حصل بالعمل **قوله**
فلما قلنا اشارة الى قوله ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد
وهو العمل الصالح **قوله** وفي الوجه الثاني اي فيما اذا ضمنه في الموضع الذي
انكسر **قوله** وفي الاول اي في الوجه الاول اي فيما اذا ضمنه في المكان
الذي حمله قال في شرح الطحاوي في الراعي بمنزلة الاجير المشترك اذا
رعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه اياها خلاف العادة فانه
يضمن لانه من جناية يده واذا ساق الدواب على القنطرة فازدحمت على
القنطرة ودفع بعضها بعضا فسقط في الماء وعطبت فانه يضمن لانه من جناية
يده ولو ان رجلا استاجر رجلا ليرعى غنما خاصة مدة معلومة فهذا اجير الوحد
ليس عليه رعي الاولاد **قوله** واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم
يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك اي قال العرد في
مختصره وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال
للبيطار ابزغ دابتي هذه بدانق ففعل فماتت قال ليس عليه شيء
وقال ايضا عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال للحجام احجم عبدي هذا ابدا
فحجمه فمات لم يكن عليه شيء الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وانما
لم يجب الضمان لان السراية انما تكون لضعف الطبيعة وذلك امر باطن
لا يوقف عليه فلم يمكن التحرز عنه فلو كان عمله مقيدا بشرط السلامة
لتقاعد الناس عن هذا العمل واختلت حوائجهم فلهذا لم يجب الضمان بخلاف
ما اذا هلك من عمل القصار ونحوه لان ذلك من خرقه او تقصيره لان
في وسعه الاتيان بالعمل المصلح دون المفسد وذلك لان الفساد اما ان
يكون لخروج العمل بالدق على الوجه الذي يحتمله الثوب لحولة
في المدقة او لخلل الثوب بان كان فيه حصاة او نحو ذلك وجبير
والرجل اذا كان بصيرا في صنعته يمكن التحرز عن ذلك بان يبالغ في
البحث عن الخلل والموافقة في الدق فاذا كان ذلك ممكنا فالسراية ما رضي
الا بهذا الشرط اشعر الاذن بان الفساد ضرورة ولانه لا يعلم ان الهلاك
حصل بفعل الفصاد والحجام اذا لم يجاوز الموضع المعتاد حتى يضمن
لا مر [illegible] [illegible] [illegible] فيه وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا احتجم الحجام

فاجاز بزغ البيطار او ختن الختان فاجر بما صنع من ذلك على اصحابهم
ما لم يجاوزوا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي نعلم لان العقد
فلا يضمنهم
ينعقد على عمل هو فساد في نفسه وهو الشق والجرح فكان ماذونا فيه بخلاف
القصار لان العقد انعقد على فعل سليم مصلح فاعتبرنا فيه ان
يفعلوا بغير امر ضمنوا وفي فتاوى العتابي الصغرى في التتمة البزاغ والفصاد
والحجام والختان لا يضمنون سراية فعلهم وهي معروفة فان قطع
الختان بعض الحشفة يضمن حكومة عدل وان قطع الحشفة كلها
يضمن كمال الدية لكن انما يجب كمال الدية في كل الحشفة اذا لم ينفصل السراية
اما اذا سرى فمات ففيه نصف الدية لانه اذا مات فالتلف حصل
بفعلين قطع الجلدة وقطع الحشفة واحدهما ماذون فيه وهو
قطع الجلدة والثاني لا فيتنصف الضمان اما اذا برأ فقطع الجلدة
ماذون فيه وصار كأن لم يكن وقطع الحشفة غير ماذون فيوجب ضمان
الحشفة كاملا وهو الدية فان قيل قطع الحشفة مما لا يفضي الى التلف فوق
قطع الجلدة بدليل ترتيبه هذا دون ذلك فلا تسوية بينهما كما في قطع اليد
وتكويه مع حز الرقبة قلنا عنه جوابان احدهما لم نسلم ان قطع الحشفة
فوق قطع الجلدة في الافضاء والمعارضة المتوهمة انما كان تعلق
المنفعة بقطع الجلدة دون قطع الحشفة الا ترى ان خدش الجلد او قرحها
ليس بمشروع وقطعها مشروع من هذا الفعل مثلا ان يقول كخدش الجلدة
او قرضها فوق قطعها في الافضاء الى التلف والثاني ان كان كما زعمتم
لكنهما من جنس واحد بمعنى ان كل واحد منهما يحتمل ان يقع الالغا ويحتمل
ان لا يقع والتفاوت فيما بين هذين الفعلين يعتبر لانه لا يمكن ضبطه
بخلاف حز الرقبة مع قطع اليد لان الحز لا يحتمل ان لا يقع اتلافا وقطع
اليد يحتمل فكانا جنسين مختلفين فاعتبرنا فيهما التفاوت ولهذا قلنا
انه لو قطع رجل يد غيره من الرسغ ثم جاء آخر وقطع
من المرفق فمات المقطوع يده فموجب النفس قصاصا ودية انما يجب
ان يكون عليهما سواء بلا تفاوت العقلان في تجانسهما فما ذكرنا فانما
يستوي بينهما اذا كان الفعل الثاني لا يفوت محل الفعل الاول كما لو قطع
احدهما يده والاخر قطع رجله او قطع يده الاخرى اما اذا فوت
الفعل الثاني محل الفعل الاول كما فيما ذكرتم من الصورة فلا لان
الفعل الاول اذا فات محله فات فعله فصار كفوات معنى
التبرع بالاولى لان الشرع يحمل العقد في فوات المحل واذا فات الفعل الاول
فالثاني

فالثاني لم يكن للاول عبرة كما لو لم يكن الاول فاضفنا التلف الى الثاني فوجب الضمان
على صاحبه بخلاف ما اذا لم يفت الفعل الاول بالثاني وههنا قطع الجلدة
وقطع الحشفة لا يفوت محل احدهما بالاخر فيبقى الاول مع الثاني
فامكن اعتبارهما فيعتبر كل واحد منهما وكذا كل جرحين لا يفوت محل
احدهما بالاخر فانهما يعتبران جميعا وفي فتاوى العتابي الصغرى والتتمة
اذا شرط على الحجام او البزاغ العمل على وجه لا يسري لا يصح هذا الشرط
لانه ليس في وسعه ذلك ولو شرط على القصار العمل على وجه لا يتخرق
صح لان في وسعه ذلك نص شيخ الاسلام خواهر زاده في باب ما يضمن الاجير
وبزغ البيطار الدابة اذا شرط قوائمه والحديدة التي يفعل بها
ذلك المبزغ وهو من باب نفع والمبطر الشق في الجلد اي بعمره بعد البطر
الجلد الطي وابطره شقها وهو اصل البيطار وقالوا رجل
بيطر وبيطور ومبيطر كله راجع الى ذلك كذا في الجمهرة **قوله**
وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لان في عبارة القدوري حكاية
الموضع المعتاد فيعلم من ذلك انه اذا تجاوز يضمن وفي عبارة الجامع
الصغير البزغ ذاتي واحجم فيعلم من ذكر الاذن بانه لو
فعل بلا اذن ضمن وانه لم يتجاوز الموضع المعتاد **قوله** والاجير الخاص
الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا
للخدمة او لرعي الغنم اي قال القدوري في مختصره وقوله والاجير الخاص
عطف على قوله فالاجير المشترك من يستحق الاجرة حتى يعمل وقوله الاجراء
على ضربين اجير مشترك واجير خاص واي شيء كان صالحا لان يقع
صار وصفه الى المستأجر في المدة المعقود عليها بمنزلة بخلاف صرفها
الى غيره في تلك المدة **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده
ولا ما تلف من عمله وهو لفظ القدوري في مختصره واما ما تلف
في يده كما اذا ضاع او سرق ما استؤجر عليه فلانه امانة في يده على اصل
ابي حنيفة لانه قبضه باذن مالكه ولم يخن وعلى اصلهما لان الضمان
في الاجير المشترك انما وجب عندهما صيانة لاحتياط اموال الناس
عند القضاء استحسانا لتغير احوال الناس والاجير الخاص مكلف بتسليم
نفسه في مدة العادة بل تسليم نفسه فلا يشترط عليه سلامة العين فاخذ
فيه بالقياس وهو عدم الضمان واما ما يتلف من عمله كالقصار والطابخ
والخباز والمخرق بالعمل ونحو ذلك فلانه لم يجب الضمان فيه ايضا لان
منافعه لما صارت مستحقة للمستأجر صار عمله كعمله فلم يضمن لانه

بانيا مثابة في العمل فكان الساجر عمل بنفسه فصار كان العمل
كأنه لم يكن مقبوضا عليه لان المعقود عليه المنفعة لم يكن مضمونا
عليه فما تولد منه لا يكون مضمونا ايضا ولهذا انتقض العقد [illegible]
ضمن كالمودع وهذا لانه تعذر جعل المعقود عليه نفس العمل
او وصف القصارة لانا لو جعلنا ذلك لفسد العقد لان صورة اجير
الوحد ان يكون المدة معلومة واذا كان كذلك فربما يمكنه تحصيل
هذا العمل في هذه المدة وربما لا يمكن وربما تاتي منه وصف
القصارة في هذه المدة وربما لا تاتي فكان فيه جهالة وغرر وذلك
مفسد للعقد فجعلنا المعقود عليه منفعة الاجير لانها معلومة
مقدرة بهذا الزمان والدليل على ان المعقود عليه في الاجير الخاص
المنفعة لا وصف القصارة وفي المشترك وصف القصارة الاحكام فيها
ان في الاجير الخاص اذا سلم نفسه ولم يستعمله الساجر يستحق الاجر — صفة
لانه سلم المعقود عليه وهو المنافع وفي المشترك لا يستحق الاجر لانه لم
يسلم المعقود عليه وهو وصف القصارة ومنها ان في الخاص لو
استعان بغيره لا يستحق الاجر لانه لم يسلم منافع نفسه وفي المشترك
يستحق لانه سلم وصف القصارة ومنها ان الاجير الخاص لو خاط
ثم نقض الخياطة يستحق الاجر لانه سلم منفعة النفس وفي المشترك
لا يستحق لانه لم يسلم العمل الى المالك كذا قال علاء الدين العالم السمرقندي
في كتابه الخلاف **قوله** اما الاول فلانه عدم الضمان فيما تلف في يده **قوله**
واما الثاني فلانه عدم الضمان فيما تلف من عمله — [margin: ... العالم من احكام المصنف]

باب الاجارة على احد الشرطين

لما ذكر الاجارة بشرط واحد بدون
التعليق بشرطين ذكر في ذكر ما تفسد العقد مما كان مخالفا لمقتضى
العقد شرع هنا بذكر الاجارة على احد الشرطين لكون المثنى بعد
الواحد **قوله** وان قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا
فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز اي عمل من هذين العملين
عمل يستحق الاجر وقع هنا لفظ القدوري في مختصره وفي بعض النسخ — [margin: ...]
استحق الاجر قال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال اصحابنا في
العقد جميعا فاسدان وهو الظاهر من قول زفر قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره واذا وقع عقد الاجارة على احد شيئين وسمى لكل
واحد منهما اجرا معلوما بان قال ان تركب الى [illegible] فاجر [illegible] هذه
الدار كذا درهما او هذه الاخرى بعشرة او [illegible] هذا القول

في

في حانوتين او عبدين او دابتين او بيتين مختلفتين
فقال مؤاجر بهذه الدابة الى واسط بكذا او الى الكوفة بكذا وكذلك
كله جائز عند اصحابنا جميعا لان الاجر يجب بتسليم احدهما وهو معلوم
في حال وجوبه وكذلك لو دفع الى خياط ثوبا فقال ان خطته فارسيا
فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان او قال للصباغ ان صبغته
بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك ايضا
جائز لان الاجر يجب بالعمل وعند العمل احدهما متميز من صاحبه الى
هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه وكذلك ان
خيره بين ثلاثة اشياء فان ذكر اربعة لم يجز وجه قولهما ان
المعقود عليه مجهول للحال فلا يصح العقد عليه كالنكاح وبيع الابق
ولنا انه خيره بين عملين معلومين كل واحد منهما ببدل معلوم
فوجب ان يصح كما لو قال ان رددت عبدي الابق من الكوفة فلك درهم
وان رددته من البصرة فلك درهمان ولانه خيره بين منفعتين يصح
افراد كل واحد منهما بالعقد فيصح كما اذا قال ان خطت هذا الثوب
فبدرهم وان خطت هذا الثوب الاخر فبدرهمين وعملهما سواء وهذا
التعليل يتوجه على زفر لان في جعل التعليل على زفر خاصة ان الاجرة
عنده لا تجب بنفس العقد وانما تجب بالعمل فاذا اخذ في احد العملين
صار البدل معلوما عند وجوده وجهالته قبل ذلك لا تؤثر فيه
بان المعقود عليه مجهول للحال يبطل بما اذا باع قفيزا من صبرة وفي
في النكاح لانه تعتبر فيه الشهادة فيحتاج الى تعيين المنكوحة بخلاف
الفرع وفي البيع الابق انه لا يقدر على تسليمه ليس بفعله ولا يجب [illegible]
لانه عجز قادر على تسليمه فتعذر وههنا [illegible] النص فعله
وهو العمل وهو قادر عليه فلذلك صح **قوله** والعشرة ذلك
البيع يعني اذا باع احد الثوبين او احد الاثواب الثلاثة جاز واذا باع
احد الاثواب الاربعة لم يجز فكذا ههنا في الاجارة اذا خيره بين
شيئين او ثلاثة اشياء جاز وفي الاربعة لا يجوز كما اذا قال اجرتك
هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا او الى البصرة بكذا
جاز فان ذكر الرابع فقال او الى [illegible] لم يجز وكذا الحكم في انواع
الخياطة والصبغ والزراعة جاز الى الثلاثة كما اذا قال للمزارع ان
زرعتها [illegible] فلك ربع الخارج وان زرعتها [illegible] فلك
[illegible] والى ذلك ثلاثة شرطه وانما اعتبر الاجارة بالبيع دفعا للحاجة
علام

لان الحاجة تمس الى ذكر الاشتمال الثلاثة على الجيد والردي والوسط ولا حاجة
في الاربعة لان الفرق بين البيع والاجارة ان البيع احتمل لتوسيع الثلاثة مذكور
الا شرط الخيار وفي الاجارة يجوز العقد على احدى المنفعتين من غير
شرط الخيار وذلك لان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا يرتفع الجهالة المفضية
الى المنازعة الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرد العقد
ويجب بوجود العمل فيرتفع الجهالة لا في العمل حاجة الى اثبات الخيار قوله
ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم
فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة
لا يجاوز به نصف درهم هذا لفظ القدوري في مختصره وقال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يعطي الخياط ثوبا فيقول له ان خطته
اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم قال ان خاطه اليوم
فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله لا ينقص من نصف درهم ولا يجاوز
به درهما وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جميعا جائزان على ما شرط الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير وقال في شرح الجامع الصغير قول ابي حنيفة
الشرط الاول جائز والشرط الاخر فاسد فان خاطه في اليوم يجب درهم
وان خاطه في الغد يجب اجر المثل وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان
فان خاطه في اليوم يجب درهم وان خاطه غدا نصف درهم ولو قال ان خطته
روميا فلك درهم وان خطته فارسيا فلك نصف درهم صحت الاجارتان
بالاتفاق وقال زفر الشرطان فاسدان فان خاطه في اليوم او في الغد
[illegible] اجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على
درهم كذا ذكر الزاهد العتابي وغيره وقال الكرخي في مختصره فان خاطه
من بعد الغد فله اجر مثله في قولهم جميعا واختلفوا عن
ابي حنيفة اجر المثل على مثال ما حكيته في الوجه الاول لا يزاد على الاجر
الاول ولا ينقص من الاجر الثاني وروي عنه انه كان اجر مثله اقل من
الاجر الثاني فله الاقل من الثاني [illegible] الى هنا المسألة له اجر
مثله لا يجاوز به درهما الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري
في شرحه واختلفت الرواية عن ابي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني
في احدى الروايتين له اجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم
وهذه رواية الاصل والجامع الصغير ورواية محمد في الاملاء واحدى
الروايتين عن ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره واحدى روايتي ابن سماعة
ايضا عن محمد في نوادره وروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة

في نوادره رواية اخرى ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزاد على
نصف درهم وهي الرواية الصحيحة الى هنا لفظ القدوري في شرحه
وقال شيخ الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وعن ابي حنيفة
في النوادر انه يجب في الشرط الثاني اجر مثله لا يجاوز به نصف درهم
ولا ينقص عنه وهو اختيار الكرخي الى هنا لفظ شيخ الاسلام وجه قول زفر
ان المعقود عليه وهو الخياطة واحد وذكر فيه بدلان مختلفان فيصير
العقد مجهولا كما في البيع كما اذا قال بعتك هذا العبد الى شهر
بالف والى شهرين بالفين فكذا هنا وجوابه ان البيع لا يشبه الاجارة
لان التمليك في باب البيع يقع للحال وفي باب الاجارة يقع بملك المنفعة
في المستانف فيتعين احدهما اذا اخذ في العمل وهو المعنى فيما قال
في المختلف انهما عقدان ببدلين مختلفين فيصح كما اذا قال ان خطته
روميا او فارسيا او يقول ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للاضافة
فينعقد الاجارتان احدهما في اليوم بدرهم والاخرى في الغد
بنصف درهم كما لو خاطه الرومية والفارسية وقال في الاشارات [illegible]
المعقود عليه شيء واحد [illegible] وقوله ان
خطته غدا فبنصف درهم هذا حط مضاف الى الغد [illegible] وقال
فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير انه استاجره للخياطة بدرهم
الا انه علق حط النصف بتاخير الغد والتعليق الحط باطل [illegible]
لانه [illegible] وقال الفقيه ابو الليث في باب [illegible] ان الاجارة مرة
تضاف الى الاوقات ومرة تضاف الى الافعال فلو اضاف الاجارة
الى احد العملين جازت الاجارة كما اذا قال ان خطته فارسيا فلك كذا
وان خطته روميا فلك كذا فكذا اذا اضاف الى احد الوقتين ووجه
قول ابي حنيفة ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت الاجارة باليوم
ولهذا صحت الاجارة في اليوم الاول [illegible] فلو كان للتوقيت
لم يصح لانه جمع بين الوقت والعمل كما في مسألة [illegible] فالاول
يقتضي كونه اجيرا وحيدا والثاني يقتضي كونه اجيرا مشتركا فيفسد
العقد لان حكمهما مختلف لان وجوب الاجرة في الاجير الخاص بتسليم النفس
وفي المشترك بتسليم العمل فلما كان ذكر اليوم للتعجيل بقيت التسمية
الاولى [illegible] الى الغد [illegible] الشرط الثاني
لهذا [illegible] وفي اليوم لم يجتمع تسميتان لان التسمية الثانية
مضافة الى الغد معدوم في الحال فلا جرم وجب المسمى في اليوم واجر المثل في الغد

او نقول كل شرط جائز للخبر الملوي يتكرر وظهر الامام فيما ذكره الا انه يعلى مادة

في الشرط الثاني فاسد لانه علقه بخطر لم يتعامل الناس به ولا يتعلق
الاجارة الثانية بانفساخ الاولى لانه ان خاطه اليوم لا يمكنه ان يرجع
بعد ذكره في العمل والاجارة اذا علقت بخطر لم يتعامل به الناس كما لو قال
ذلك كما لو قال اذا قدم فلان فقد استاجرتك او قال ان دخلت الدار
فقد استاجرتك كان فاسدا فكذا هذا يوضحه انه لو اجر داره من انسان
ثم قال لغيره ان انفسخت الاجارة اجرتكها لا يجوز فعلم ان تعلق
الاجارة بالانفساخ لا يجوز ثم تفسد الاجارة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
في اليوم الثاني ويجب اجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم
على رواية الاصل والجامع الصغير وعلى رواية النوادر ينقص عن
نصف درهم وجه رواية النوادر ان الاجارة تفسد في اليوم الثاني
لفساد الاول فيعتبر فيه اجر المثل التسمية في اليوم الثاني والتسمية
نصف درهم ووجه ظاهر الرواية ان العمل في اليوم والعمل في الغد على واحد
لولا اختلاف الزمان والعمل لا يختلف باختلاف الوقت فعلى رضي
الخياط بالدرهم مع تعجيل العمل فلان يرضى بالدرهم مع التاخير اولى
فلا يزاد على درهم وقد رضي صاحب الدرهم ببذل نصف درهم
فلا ينقص عن النصف كذا ذكر الزيلعي وفي كافي شرح الجامع الصغير
فان خاطه اليوم الثالث فعن ابي حنيفة في رواية له اجر المثل لا يزاد
على نصف درهم وعندهما لا يزاد على درهم في الصحيح انه عندهما ينقص
عن نصف درهم ولا يزاد عليه قوله لان الخياطة شيء واحد وذكر لانه
لم يستاجره على ان يخيط ثوبين او ثوبا بل استاجره على مطلق
الخياطة ولم يختلف العمل باختلاف الزمان قوله يدلان على البدل
وهما درهم ونصف درهم فان عجل بدرهم وان اخر الى الغد فنصف
درهم فيكون البدل مجهولا على البدل اما هذا واما ذاك فيكون
الاخر مجهولا فيفسد العقد لجهالة البدل لانه ان ذكر اليوم للتعجيل
لا للتوقيت فالاجارة باليوم فاذا ذكر لا يبقى التسمية الاولى في الغد
فاذا جاء الغد يجتمع فيه تسميتان وذكر الغد للترفيه فاذا كان
للترفيه كانت التسمية المضافة الى الغد موجودة في اليوم ايضا
فيجتمع تسميتان ايضا في اليوم فيلزم البدلان على البدل فما يلزم عمل
واحد فيفسد العقد في الفصلين جميعا قوله وفيهما اي ذكر
اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق وفي بعض النسخ وذكر الغد

للاضافة

للاضافة والمراد من التعليق الاضافة ايضا لان تعليق الاجارة
لا يجوز او يقول المراد به تعلق حكم الشخص بالتاخير الى
الغد وذكرنا ان لا تعلق الاجارة ويتعلق الحط بالتاخير في
مكان كما لو قال لو جئت غدا وما خطت حططت عنك درهما بيان ذلك
ان ذكر اليوم لما كان للتاقيت اقتضى العقد في اليوم بانقضاء
الوقت وهو اليوم فلم يبق الى الغد فلم توجد في الغد تسميتان وذكر
الغد لما كان للاضافة لم يوجد في اليوم العقد المضاف
الى الغد فلم توجد في اليوم تسميتان بل في كل يوم تسمية واحدة
فتكون صحيحة قوله ولان التعجيل والتاخير
مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين بانه اي عمل كل واحد
من النوعين عوضا صحيحا لان الانسان قد يقصد التعجيل للتجمل
بالثوب او للبيع واذا كان الغرض مختلفا في النوعين كانت
الخياطة في النوعين كالنوعين من العمل كالخياطة الرومية والفارسية
فجاز اشتراط الاجر لكل واحد منهما قوله وان خاطه في اليوم الثالث
لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح احترز به عن
رواية الاخرى عنه انه لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف
درهم قوله وفي قال ان سكنت في هذه الدكان عطارا فبدرهم
وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز وان امر بعمل اسحق يسمى
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وهو لفظ
القدوري في مختصره وقوله حدادا جاز من صحيح الخياطات قال
الكرخي في مختصره فان قال اجرتك هذه الدار شهرا على انك ان
قعدت فيها حدادا فاجرها عشرة دراهم وان بعت فيها
البز فاجرها خمسة دراهم فالاجارة جائزة عند ابي حنيفة في قوله الاخير
وقال ابو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة لان الاجر يجب بالتسليم للعمل
في الدار فلا ندري اي الاجرين يجب اذا تمت الايام انه لو
سلمها ولم يعمل فيها شيئا وقد وقع عقد الاجارة على احدهما
وجبت الاجرة بالتسليم دون ان يعمل فيها ما شرط الى هنا لفظ
الكرخي وقال القدوري في شرحه وعلى هذا الخلاف كل ما كان
اجرته تجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به فهو باطل عندهما وعند
ابي حنيفة العقد جائز وان لم يعمل فيه استوفى وجب عليه اجر
ذكر ما سمى وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة

كذا في الفوائد م

في الرجل بينا هو في الرجل البيت على انه يسكنه فبدرهم فان قعد
فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز وقال ابو يوسف ومحمد يجوز وكذلك
ان استاجر منه الى الحيرة بدرهم فان جاوز الى القادسية فبدرهمين
فهو جائز وكذلك ان استاجر منه دابة الى الحيرة ان حمل عليها
كر حنطة فبدرهم وان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم
وهو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير ولم يذكر الخلاف صريحاً كما ترى في مسئلة
المجاوزة الى القادسية فلاجل هذا قالوا احتملت المسئلة الخلاف
والوفاق وقال الفقيه ابو الليث الى الاتفاق يعني ان فيهما يجوز بالاتفاق
وقال فخر الاسلام الى الخلاف يعني ان المذكور فيها قول ابي حنيفة
وعندهما لا يجوز والله اعلم قال العتابي وغيره قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير واذا استاجر دابة من الكوفة الى الحيرة بدرهم
فان جاوز الى القادسية فبدرهمين فهو جائز في قولهم جميعاً
كالخياطة الرومية والفارسية لانه سمى لكل عمل اجراً وكذا لو استاجره
على ان يحمل عليها حنطة بدرهم وان حمل عليها شعيراً فبنصف درهم
جاز في قول ابي حنيفة الآخر وفي قوله الاول لا يجوز وهو قولهما الى هنا لفظ
الفقيه واصل هذه المسائل ان عقد الاجارة اذا وقع على
احد شيئين وسمى لكل واحد منهما اجراً معلوماً جاز كما اذا قال اجرتك
هذه الدار شهراً بخمسة او هذه الاخرى بعشرة وكذا كذا في حانوتين
او عبدين وكذا كذا في مسافتين مختلفتين كما اذا قال اجرتك هذه الدابة
الى الكوفة بكذا او الى البصرة بكذا وكذا اذا وقع على عملين مختلفين
كالخياطة الرومية والفارسية وكذلك جاز ان يقع على ما يرفع على اشياء الثلاثة
وكذا كان خيره في ثلاثة اشياء على ما هو الجمهور وعن زفر انه جميعاً
لا يجوز وعدمه في الشيئين او الثلاثة لانه جعلوا الاجر مجهول
عند زفر بعقد الاجارة لان الاجر يجب بالتسليم الدار من غير عمل
وعند التمكن لا يدري اي الاجرين يجب لانه لم يوجد العمل ليعلم
الجهالة ولا عمل لو كان يساق الدابة الى الحيرة او حمل
على الدابة شيئاً لا حنطة ولا شعيراً يجب الاجر وذلك مجهول لانه يجب
اجر حمل الحنطة ام اجر حمل الشعير فكان بمنزلة الاجارة باجر مجهول
فلا يصح العقد ولنا ان هذه كالخياطة الرومية والفارسية لان
الاجر يجب بالعمل وعند ذلك يرتفع الجهالة فكان العقد سبيل معلوم

وحجه

وحجة قول ابي حنيفة انه خيره بين عقدين مختلفين فيوجب
القول بصحته كما في الخياطة الرومية والفارسية وانما قلنا
انهما مختلفان انه اذا استاجر داراً للسكنى ليس له ان يسكن حداداً
فاذا كان السكنى وعمل الحدادة مختلفين وكل واحد منهما عند الانفراد
صحيح فكذا عند الاجتماع والغالب في الاجارة الانتفاع فاذا حصل
الانتفاع زالت الجهالة واما التمكن من الانتفاع فليس الا انتفاع فليس
باصل بل هو من العوارض فلا يفسد الجهالة الناشئة منه ولان
ترك الانتفاع لو كان واحتيج الى ايجاب الاجر لا يلزم جهالة الاجر
ايضاً لان التسليم اوجب العوض فيجب الاقل فهو المتيقن بل
ما في العلل لسقفه لا يجب الفضل بالشك وقال بعضهم يجب الاكثر
ويسقط الفضل فلا يمكن الجهالة بكل حال كذا قال فخر الاسلام وغيره
قال شيخه هذا ما ذاقاك رحمه الله لان ذكر عمل واحد فلا يجوز
ان يسمى فيه بدلان مختلفان وقال في اسرار الاسرار وعلى ما ذكر في
بعضهم ان يجب الاقل لانه متيقن وبعضهم اوجبوا حين كان الحقيقة
واختار العوددي هو الاول لانه قال يوجد المخصص الكرخي فان
اسكن الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه اقل التسميتين
لان الزيادة انما تجب باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك
فوجب بالتسمية اقل الامرين

باب اجارة العبد

لما
كان اجارة الرقيق نوعاً من انواع الاجارة وبالرقيق احكام
خاصة يتعلق به ذكرها في باب على حدة وآخر ذكرها لان
الحر مقدم على النوع هنا فالاخير ما هو من ترجمة الباب ومسائل
في بعض الشروح ان العبد منحط الدرجة عن الحر فاخر ذكره عن
ذكر الحر لذلك بعينه نكون لان صاحب الهداية ذكر هنا استيجار
الدور والحوانيت والحمام والعداب وذكر هنا استيجار الرقيق
لا خصاصة مما انما المذكور في هذا الباب يترجم الباب
باب اجارة العبد كما ترجم في الاصل باب اجارة الرقيق للخدمة
وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط
الدرجة عن الحر بانه لا ولاية له اصلاً ولا يصح تصرفه في شيء الا باذن
وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ اول الباب باستيجار
العبد لانه لم يوجد منه تصرف اصلاً في عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة
بل هو محل التصرف ومورد الاجارة كالدار ونحو ذلك فعلم بهذا

بلغ المقابلة
حوسر

ان عرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل والله اعلم قوله قال ومن استاجر
عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان العقد ورد
في مخصوص وذلك لان الخدمة في السفر اشق منها في الحضر فصار
في حكم الجنس المختلف فلا يكون استيفاء غير ما وقع عليه العقد
اذ كان ذلك السفر اكثر ضررا من الذي وقع عليه العقد فاذا
كان كذلك لم يكن له ان يستوفيه الا ان يكون العقد عليه ابتداء او
يكون كذلك اذا اشترط ذلك او دلت عليه الحال بحيث يكون المستاجر
بالعقد لزوال الضرر عن المولى حيث رضي به وهذا كما اذا استاجر دابة
في المصر للركوب شهرا ليس له ان يسافر بها لما قلنا وهذا لان السفر
محل المخافات والآفات والفلاح فيه نادر لكثرة خطره
وهو كما قال صاحب الجمهرة وقال الاصمعي سمعت اعرابيا يقول ان المسافر
وماله لعلى قلت الا ما وقى الله والقلت الهلاك
لم يدل الرضا بالخدمة في الحضر على الرضا بها في السفر
بالعبد ضمن لانه صار غاصبا فلا اجر عليه لان الاجر والضمان
كذا في شرح الكافي قوله وكذا اجلال السفر عذر كما في مسئلة اخر
باب فسخ الاجارة قوله ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا و
اعطاه الاجرة فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجرة وصورة المسئلة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر عبدا
محجورا عليه شهرا فعمل عنده فاعطاه الاجر قال ليس لذلك ليس
للمستاجر ان ياخذ الاجر الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وهذا استحسان ذكره في الاصل والقياس ان لا يجب الاجر لان تصرف
المحجور عليه باطل فلا يكون عقد الاجارة منه نافذا فاذا كانت الاجارة
باطلة لم يجب الاجر لان الاجر لا يجب بالاجارة الباطلة وكان
المستاجر غاصبا باستعماله ولهذا اذا هلك العبد في عمله وجب
الضمان ولا يجب الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان
ان العبد انما كان محجورا عن التصرف لما فيه ضرر بالمولى
ونحن انما اعتبرناه محجورا دفعا للضرر عن المولى لا
الاجارة دائرة بين النفع والضرر في الابتداء اذا فرغ العبد سالما
يتمحض ذلك نفعا فيعتبر ماذونا دلالة وان لم يوجد الاذن افصاحا
لانا اذا ابطلنا عقد الاجارة ضاعت منافعه فلم يتقوم اصلا
واذا اجزناه تقومت منافعه فعرض ضرر بالمولى فوجب القول

بالتقوم

سادسه

١٠٤

بالتقوم فكان نفعا جائزا ووجب الاجر وهذا لان المحجور يملك ما هو نفع
محض الا ترى انه يملك قبول الهبة بغير اذن المولى فكذا ها هنا ما هو نفع
من العمل حصل فيجب الاجر لانه لو جوزنا العقد حين يبطل ضمان
النفس فكان ذلك نفعا لا يشوبه ضرر فابطلناه او نقول لو جاز
الاجارة بطل ضمان الغصب وضمان العين اكثر من ضمان المنفعة فكان
الشكر للمولى في بطلان الاجارة بالحجر الذي قاضيخان في شرح الجامع
الصغير وكذلك الصبي المحجور اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان
له الاجر لان الصبي يملك تحصيل المنفعة لنفسه فلهذا يملك قبول
الهبة وجواز الاجارة ههنا لمحض منفعة له ومعنى قوله
ليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر يعني ليس له ان يسترد من العبد المحجور
الاجر قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في اخر كتاب التحري
رجل آجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة فخدمه ستة اشهر
ثم اعتقه المولى فالعبد بالخيار ان شاء فسخ الاجارة وكان الاجر فيما مضى
للمولى وان شاء مضى عليها فللعبد اجر ما بقي من المدة لان المولى
هو الذي يتولى قبض جميع الاجر وليس للعبد نقضها بعد اختياره
المضي عليها وان كان المستاجر عجل الاجر كله للمولى قبل ان يعمل العبد
شيئا في اول الاجارة فالاجرة كلها للمولى فاذا اختار العبد المضي على
الاجارة لان المولى قد كان ملك الاجرة بتعجيل جميعها فاذا كان شيئا نقضه
في جميع هذه الوجوه فالحوادث كالخراج والرباع واما صداق الجارية
الامة المعتقة اذا اجازت النكاح فهو للمولى ان كان دخل بها او
لم يدخل لانه وجب بالعقد والاجر يجب يوما بيوم اذا لم يكن شرط
وكذلك الجواب في العبد اذا اجر نفسه باذن المولى الا ان العبد
هو الذي يلي القبض وهو الذي يطالب بالرد بما يجب رده من
المقبوض بعد الفسخ ويرجع هو به على المولى عندنا كان ذلك بيد المولى
او مستهلكا لانه انما وجب بعد العتق بالفسخ وكذلك الامة اذا اجرت
نفسها باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار وكذلك الصبي اذا اجره
الوصي في عمل من الاعمال ثلاث سنين حتى بلغ الغلام فجعل الخيار
فهو بالخيار ان شاء مضى على الاجارة او فسخها وكذلك الاب اذا اجر
ابنه ثم ادرك الابن وكذلك لو كان الاب او الوصي اجر دارا للصبي
معلومة فادرك الغلام لم يكن له ان يبطل الاجارة لانها في حاله مثله
وكذلك الكبير واذا اجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بمائة درهم

ليخدم مخدمه سنة اشهر ثم اعتق فالقياس ان لا اجر له فيما مضى لسيده
صار راضيا منا له فلا يجتمع الاجر والضمان ولكنا نستحسن في ان اذا سلم العبد
ان يجعل له الاجر فيما مضى فياخذه العبد ويدفعه الى مولاه ويجوز
الاجارة فيما بقي من السنة واجرة الباقي من السنة للعبد والخيار
له في نقض الاجارة من قبل انه حيث عتقه بغير اجازة المولى كذلك
الجواب ان كان قبض الاجرة من قبل رجعه ويكون للعبد منها حصة
ما بقي وللمولى حصته ما مضى الى هنا لفظ الحاكم الشهيد محمد في
الكافي يعلم في شرحه ان شاء الله تعالى **قوله** ومن غصب عبدا فاجره
العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
وقالا هو ضامن وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر من العبد
فاكله قال لا ضمان عليه وقال ابو يوسف ومحمد هو ضامن فان وجده المولى
قائما بعينه اخذه كله وقبض العبد الاجر جائز في قولهم جميعا الى
هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي في شرحه
الضمان من الخواص لهما انه اتلف مال الغير بغير اذنه فيضمن كما لو
استهلك العبد للمولى ولهما لو كان الكل قائما بعينه اخذه المولى فعلم ان
الغاصب اتلف ملكا للمولى فيضمن ولابي حنيفة ان الغاصب
اتلفه مالا ولكن العبد لانه ملكه ولا كان به من بعد الغصب اي الضمان
اذا هلك العبد في الاثلاث فاما ولا ضمان فيه كما لو اتلف
مال العادل وانما كان الاكساب للغاصب بالضمان لان الضمان على العبد
جعل الضمان ما خرج والدليل على ان المستهلك لما وجد له ضمان عليه
ما اذا باع عبدا رجلا فلم يقبضه المشتري فاجر العبد نفسه فالغلة
للمشتري فلو استهلكها البائع الغلة ثم اذا اخذ المشتري العبد لا ضمان
عليه في الغلة لانه اذا استهلك العبد قبل القبض لا ضمان عليه
اصلا لانه اتلفه غير متقوم فلزمه الضمان لان التقوم لا يكون
قبل الاحراز والاحراز بيد نفسه او بيد نائبه والغاصب ليس
نائبا عن المولى والعبد ليس يحرز كسبه لان نفسه ليس يحرز به لانه
في يد الغاصب وضمانه لانه متقوم في يد الغاصب فاذا لم يكن العبد
محرزا لنفسه فلان لا يكون محرزا لكسبه اولى وكان قبض العبد
الاجر لانه هو العاقد وهذا لان الاجر نفعا محضا عند فراغ العبد
من العمل سالما فان وجد المولى الاجر قائما كان له ان ياخذ العبد

والا

110

والاجر حيث قال لا فعل وهما متقا على اصلهما لان مال الكسب
عندهما فكذا وجب الرد اذا كان قائما وابو حنيفة فرق فقال
اذا استهلك الغلة لا يجب الضمان واذا كان قائما يجب ردها لان
للغاصب فيه الملك بنوع الخصمة على ملكه وكان له حال من
حال النفس فان كانت قائمة بعينها وجب الرد وان استهلكها لا يجب الضمان
كالبائع اذا استهلك غلة المبيع قبل قبض المشتري لا يجب
الضمان وان كانت قائمة تؤخذ على المشتري **قوله** على ما مر اشاره
الى ما ذكر في رحمه الله ان المصرح بانه على اعتبار الفراغ
سابقا **قوله** ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة
وشهرا بخمسة جاز الاول منهما باربعة وهذه من مسائل
الجامع الصغير وذلك لانه لما قال شهرا باربعة انصرف ذلك الى الاجاب
الاول كانه سكت عليه ولو قال استاجرته شهرا ثم قال هذا شهرا باربعة
فيها يلي هذا الاجارة الى الذي يليه يكون للجواب فكذا هنا
فلما انصرف الاول الى الشهر الاول تعين الثاني للذي يلي ذلك
الشهر حتى لو عمل في الشهر الاول دون الثاني استحق اربعة دراهم ولو
عمل في الشهر الثاني دون الاول استحق خمسة دراهم قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في باب الاجارة الوقتية من شرح الكافي واذا استاجر
الرجل عبدا شهرين شهرا بخمسة فهو جائز في الشهر الاول بخمسة
والثاني بستة لانه لما بدا فعلا شهرا بخمسة انصرف الى الشهر الذي
يعقب العقد لما ستبان من حكم العقود في باب الاجارة فيتناول
الذي يعقب العقد والذي يعقب العقد هو الشهر الاول فلو قال
شهرا بستة وشهرا بخمسة كان الاول بستة والثاني بخمسة فلما
لو استاجر بلا ان اشهر شهرين بدرهم وشهرا بخمسة فالشهران الاولان
بدرهم والشهر الاخر بخمسة لانه بدا بهما في الذكر **قوله** ومن استاجر
عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق
او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك
الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح
فالقول قول المؤاجر وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر من رجل عبدا
له شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء في اخر الشهر وهو
ابق او مريض فقال المستاجر ابق حين اخذته وقال المؤاجر

ما كان ذكر الاختلاف فانه ينبئ بما بعده قال القول قول المستاجر فان جاحد
وهو صحيح في بدل المستاجر فقال المستاجر ابو حنيفة وحده وكذا الموجر
فالقول قول الموجر الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ويعضده
ان المستاجر يدعي دعوى الاباق او المرض ليدفع وجوب الاجر عن
نفسه لعدم تمكنه استيفا المعقود عليه وانما كان القول في
الصورة الاولى قول المستاجر وفي الثانية قول الموجر لانهما اختلفا
في امر محتمل ان يكون وان لا يكون على السوا لان تجدد السلم الى
المستاجر لكن يجب الاجر ما لم يمكن كلاهما على السوا احتيج الى
ترجيح احدهما على الاخر فيحكم الحال لان الحال تصلح للترجيح
وان لم تصلح حجة لان الحال يدل على الدوام ظاهرا وانما قلنا انه
يصلح للترجيح وان لم يصلح حجة لان الترجيح لا يكون الا بما لا يصلح حجة
ففي الفصل الاول الحال يشهد للمستاجر لان العبد مريض او ابق فيثبتنا
بعدم التمكن في الماضي تحكيما للحال وفي الثاني المواجر يدعي التمكن والمستاجر
ينكره فكان القول قول المنكر وفي الفصل الثاني لان الحال يشهد
للمواجر لان العبد صحيح غير ابق فكان التمكن ثابتا في الحال فجعل
ثابتا فيما مضى تحكيما للحال والمستاجر يدعي فوات التمكن من الاستيفاء
والمواجر ينكر ذلك فكان القول قوله نظير ما قال في باب الاجارات
في المستاجر للرحا اذا ادعى بعد المدة ان الما كان منقطعا ان كان
في الحال منقطعا فالقول قول المستاجر وان كان جاريا فالقول
قول صاحب الرحا لما قلنا ان الحال يصلح مرجحا وقوله جا اخر الشهر
يجوز فيه الرفع والنصب فالاول على اسناد الفعل الى الاخر والثاني
على الظرف اي جا المستاجر في اخر الشهر ويتصل بهذا الباب مسئلة ذكرها
شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في باب الاجارة الرئيس من شرح الكافي
قال اذا استاجر الرجل عبدا للخدمة كل شهر باجر مسمى فهو جائز
لان الخدمة المعتادة معلومة ووقتها معلوم فتصح الاجارة
وله ان يستخدمه من السحر الى ان ينام الناس بعد العشا الاخيرة
وانما يخدمه كما يخدم الناس لان الوقت الذي يحتاج فيه الانسان
الى الخدمة هذا لان الناس ينامون بعد العشا ويستيقظون من بعد
من طلوع الفجر ويحتاج الاجير الى ان يقوم قبله ليهيئ له اسباب
الوضوء ولو غدا الناس والسراج واشباه ذلك فعلى ذلك تبديناه به

باب الاختلاف

لما ذكر مسائل الاجارات بلا اختلاف

س

111

ش في المواجر والمستاجر ذكر في هذا الباب اختلافهما لان الاتفاق
هو الاصل والخلاف عارض **قوله** واذا اختلف الخياط ورب الثوب
فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قبا وقال الخياط بل قميصا
او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر
وقال الصباغ بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب وهذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه فان حلف فالخياط ضامن اي ان حلف
صاحب الثوب وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي فان شاء
رب الثوب اخذه واعطاه اجر مثله وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي فان اقاما البينة فالبينة بينة الخياط
قال ابن ابي ليلى القول قول الخياط فاذا لم يكن له بينة لا يستحق الاجر و
الضمان عليه كذا ذكر القدوري في شرح الكرخي وقال الشافعي في اختلاف
العراقيين يحتمل قولها في موضع وفي موضع اخر تحالفا واذا تحالفا
سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر وجه قول ابن ابي ليلى ان صاحب
الثوب اعترف بالاذن في القطع وادعى زيادة صفة اسقط بها
الاجر عن العمل فالقول قوله قال القدوري وهذا ليس بصحيح لان صاحب
الثوب لم يعترف للخياط بالاجر فلا يكون اسقاط الضمان عليه بغير
اعترافه ولنا انه اذن خاص مستفاد من جهته فالقول قوله فوجب
ان يكون القول قوله كالموكل والوكيل ولانه قطع ثوب غيره وادعى الاذن
موجبا فيكون اليمين على المدعي عليه كما لو قال لم اذن لك في شي ولان
للمخالف الدرادري ان المتنفي لان صاحب الثوب ادعى على الخياط
الغصب والخياط يدعي الاجر فذكر التحالف كالمتبايعين فان حلف رب
الثوب صار الخياط غاصبا للثوب لانه حلف على دعوى الخياط فيقعد
صار الخياط متخرقا في ثوبه بغير امره ومن قطع ثوبا لغيره
بغير امره ضمن قيمته وانما كان لصاحب الثوب اخذ
الثوب لانه اذن في القطع والخياطة وعمله ذلك الخياط الا على
وجه المامور به فقد وجد المعقود عليه مع تغير الصفة فكان
لصاحب الثوب ان يرضى به وان رضي وجب اجر المثل لان العامل لم
يرض بدفع المسمى الا على منفعة موصوفة بكمالها وانما كان لا يجاوز به
المسمى لان الصانع رضي به بدلا عن المنفعة المقصودة فلا يجوز
ان يستحق بما دونها اكثر منه وقد حقق ذلك قبيل باب الاجارة الفاسدة
وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دفع الرجل

بعد مجيئو

إلى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ سماه من عصفر أو زعفران أي بقم
أو سواد فجاء به وزعم أنه خالفه فصبغه بغير ما سمى له إلا أنه
مزيد في ذلك الصبغ فله أن يضمنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء
رضي به وأعطى أجر مثله لأنه وافقه أصلا ثم لا يجاوز
به المسمى لأنه نقص من العمل فينتقص من الأجر وإن اختلفا
فيما أمره أن يصبغه به فالقول قول رب الثوب مع يمينه لأن الأمر
يستفاد من جهته فلو أنكر الأمر أصلا كان القول قوله فكذا إذا
أنكر صفته **قوله** على ما مر من قبل أي في فصل باب الإجارة الفاسدة
قوله وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغصب
أي ذكر في بعض نسخ مختصر القدوري وهذه رواية ابن سماعة عن محمد
يعني أن الغاصب للثوب إذا صبغه أحمر أو أصفر كان رب الثوب إن شاء
ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه
فكذلك هنا إن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه
ما زاد الصبغ فيه فكذلك هنا إن شاء ضمنه قيمة الثوب وإن شاء أخذ
الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه لأنه لما خالفه في الصفة صار
بمنزلة الغاصب قال في خلاصة الفتاوى والصباغ إذا خالف فصبغ
بالأصفر مكان الأحمر إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وإن شاء أخذ
وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا أجر له ولو صبغ رديئا إن لم يكن فاحشا
لا يضمن وإن كان فاحشا بأن يقول أهل تلك الصنعة إنه فاحش
يضمن قيمة ثوب أبيض وفي المحيط لو أمره أن يصبغه بزعفران
أو بقم فصبغه بغير ما سمى إلا أنه لم يشبع صبغه وقد أمره صاحب
الثوب أن يشبعه فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض
وسلم له الثوب وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يزاد على المسمى
والأصل إلى هنا لفظ الخلاصة **قوله** وإن قال صاحب الثوب
عملته لي بغير أجر وقال الصانع بل بأجر فالقول قول صاحب
الثوب عند أبي حنيفة هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
وقال أبو يوسف إن كان حريفا له فله الأجر وإن لم يكن حريفا له
فلا أجر له وقال محمد إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجرة
فالقول قوله وأثبت الشيخ أبو نصر البغدادي في شرحه لفظ القدوري
بقوله فالقول قول صاحب الثوب عند أبي حنيفة مع يمينه وقال القدوري
أيضا في كتاب التقريب قال أبو حنيفة إذا عمل الصانع وطلب الأجر

فرع

فزعم صاحب الثوب أنه عمله بغير أجر فالقول قوله وقال أبو يوسف إن كان
حريفا له فالقول قول الصانع وإن لم يكن حريفا له فالقول قول صاحب الثوب
وقال محمد إن كان الصانع نصب نفسه لتلك الصناعة فله الأجر وإن
لم يكن نصب نفسه لها فلا أجر له وجه قول أبي حنيفة أن المنافع
لا قيمة لها إلا بالعقد أو بشبهة عقد ولا يعلم وجود ذلك فلا يجوز
تقويمها ولأن الصانع يدعي من جانبه ما يتقوم به المنافع وهو
العقد فلا يقبل قوله فيه إلا بالبينة ووجه قول أبي يوسف أن الحريف
يدفع إليه السلعة على العهد الذي بينهما فيصير ذلك شبهة في العقود
ويصير الحريف يدفع إليه … توجب اعتبار العادة لأن القائم
كالمنطوق به فكأنه دفع إليه ليعمله بأجر جوابه أنه ربما يعمل بغير أجر
وربما يعمل بأجر فكان العرف مشتركا فلا يصلح مقيدا فوجب الرجوع
إلى المنطوق ووجه قول محمد أن الظاهر ممن نصب نفسه للصناعة
أن لا يعملها من غير عوض فكان الظاهر مع الصانع ومن نصب
نفسه للصناعة فالظاهر شاهد له فلا يلتفت إلى قوله جوابه أن
الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فيجوز أن يدفع الاستحقاق عن نفسه
ولا يجوز أن يثبت الاستحقاق على غيره قال الشيخ أبو نصر وأما قوله مع يمينه
فلأن من جعل القول قوله فيما هو خصم فيه والتي فيما يصح بذله فالقول
قوله مع يمينه كالمودع إذا ادعى هلاك الوديعة وإذا حلف أي رب الثوب
لزمه ما زاد الصبغ في ثوبه لأن صاحب الصبغ لم يرض أن يتلف عليه
صبغه بغير شيء فلزمه ذلك كذا في شرح الأقطع ثم اعلم أنه لا خلاف في ظاهر
الرواية أن القول قول رب الثوب ولهذا قال شيخ الإسلام علاء الدين
الإسبيجابي في شرح الكافي لو قال عملته لي بغير أجر فالقول قول
رب الثوب لأن العمل إنما يتقوم بالعقد وهو ينكر العقد ولم يذكر
الخلاف مطلقا وقال صاحب النافع عن أبي يوسف إن كان حريفا له
فله الأجر فعلم أن خلافهما ليس بظاهر الرواية وقال في الفتاوى
الصغرى فالثمن دفع إلى قصار ثوبا ليقصره ولم يذكر أجرا ثم ذكر
جوابها في الكتاب بعض روايات الأصل وفي غيره أنه الأصول
فيها ثلاثة أقوال على قول أبي حنيفة … وعلى قول أبي يوسف
كذلك إلا أن يكون خليطه وهو أن يكون يدفع إليه ثوبا للقصارة
بالأجرة … وعلى قول محمد إن اتخذ دكانا وانتصب لعمل القصارة
يجب الأجر وإلا فلا قال شيخ الإسلام خواهر زاده وعليه الفتوى

القول
الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى ثم نقل في التتمة عن الكافي ان
قول المنكر للاجارة لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد بخلاف ما لو دفع الى اخر
عينا ثم اختلفا فقال الدافع هو قرض وقال الاخر هبة لان العين متقوم
بنفسه والاخر يدعي الابراء عن قيمته وفي شرح الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اسلم ثوبا الى صباغ ليصبغه احمر
فصبغه ثم اختلفا فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب
صبغته بدانقين فاني انظر الى ما زاد الصبغ فيه فان كان
درهما او اكثر فله درهم لان الحال اصلح حكما في الباب فكان القول
قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان كان اقل من دانقين
اعطيته دانقين بعد ان يحلف رب الثوب ما صبغه الا
بدانقين نظير هذا الاختلاف في المهر بين الزوجين فانه يحكم
مهر المثل وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع
يمينه لانه يدعي عليه زيادة اجر وهو منكر وليس له في الحال حكم
حتى يقطع حقه عنها وقال رب الثوب صبغته بغير اجر كان
القول قوله لان السواد ينقص الثوب اما اذا كان صبغا يزيد
في الثوب فقال رب الثوب صبغته بغير اجر وقال الصباغ صبغته
بدرهم فانهما يتحالفان لان هذا يدعي الهبة والاخر يدعي الاجارة
فكان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه ثم يضمن رب الثوب ما زاد
الصبغ في ثوبه لانه احتبس صبغه عنده ولا يجاوز به درهما لانه لا يدعي
عليه اكثر من ذلك ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الاجر
فان كان لم ياخذ في العمل تحالفا وترادا لان كل واحد مدع ومدعى عليه
القصار يدعي استحقاق اجر زائد ورب الثوب يدعي عليه استحقاق
العمل عليه باجر ناقص فيتحالفان وفيه تظهر فائدة التحالف
وهو الفسخ لان المعقود لم يصر مسلما فامكن رد العقد
فيعود الامر الى ما كان من قبل وان كان فرغ من العمل فالقول
قول رب الثوب ولا يتحالفان لان التحالف للفسخ وقد تعذر
ويكون كما لو قال عملته لي بغير اجر فالقول قول رب الثوب لان
العمل انما يتقوم بالعقد وهو ينكر العقد الى هنا لفظ الامام
علاء الدين الاسبيجابي وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا استاجر
رجل من رجل دارا او دابة وغير ذلك فاختلفا بعد وقوع العقد
قبل ان يتصرف المستاجر فيما استاجره والاجارة واقعة على صحته

فاختلفا

فاختلفا في الاجر فقال المستاجر بخمسة دراهم وقال الموجر
بعشرة دراهم فانهما يتحالفان وتنفسخ الاجارة ومن نكل منهما
عن اليمين لزمته دعوى صاحبه ومن اقام منهما بينة
قبلت بينته فان اقاما جميعا بينة كل واحد منهما بينة
على ما ادعى فان البينة بينة المؤجر لانه يدعي فضلا في العقد و
ان اختلفا في المدة او في المسافة ايضا وقع عليه العقد فقال
المستاجر استاجرته شهرين بعشرة دراهم وقال المؤجر شهرا واحدا
بعشرة او قال استاجرته الى الكوفة بعشرة وقال الاخر آجرتك الى
القصر بعشرة فهو مثل الاول في التحالف والنكول فاما
البينة فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المستاجر
لانه يدعي فضلا فيما استحقه بعقد الاجارة ويجحده الاخر فلهذا
جعل الحاكم البينة على المدعي على ما قد شرحت لك وان ادعى
المؤجر فضلا فيما يستحقه من الاجر وادعى المستاجر فضلا
فيما يستحقه على المؤجر فقال المؤجر آجرتك الى القصر بعشرة
وقال المستاجر الى الكوفة بخمسة او قال آجرتك الدار شهرا
بعشرة دراهم وقال المستاجر استاجرتها شهرين بخمسة دراهم تحالفا
ايضا في التحالف والنكول لما ذكرت لك فان اقام احدهما البينة
فان اقاما جميعا بينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل
الذي يستحقه بعقد الاجارة فتكون الى الكوفة بعشرة وشهرين
بعشرة وتكون البينة بينة المؤجر فيما ادعى من فضل الاجر
والبينة بينة المستاجر فيما ادعى من فضل الوقت او المسافة
فان لم يكن له بينة وقد استوفى بعض الطريق او ركب بعض
المسافة كان القول قول المستاجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفان
وتنفسخ الاجارة فيما بقي وان كان اختلافهما بعد مضي وقت
الاجارة او بعد البلوغ الى الغاية التي استاجر اليها فالقول
قول المستاجر مع يمينه ولا يمين على المؤجر الى هنا لفظ الكرخي
في مختصره وقد كتبت هذه المسائل لكثرة الفوائد لمن ينظر
في كتابنا هذا رجاء [illegible] بصالح دعائه **قوله** وان كان حريفا
فقال فلان حريف فلان اي معامله لم اجد في ديوان الادب المجمل
وتحريره صاحب الهداية بالمختلط فاراد به ما ذكرنا وهو الذي
كان له مع القصار او الصباغ خلطة ومعاملة وكان يدفع اليه
الثوب مرارا

[illegible] المعاملة

لنقض اوهو

فالاجرة للصبغة فهو هذه المسائل دفع الثوب لم يذكر الاجر
بلغ فقصره او صبغه فاختلفا نحو ذلك في الاجر فهل يؤديه الترك
المقابلة والله اعلم

باب فسخ الاجارة

ذكر الفسخ الاجارة اذا كان
فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره اخرا
اعلم ان الاجارة هل تفسخ بالاعذار عندنا خلافا ينقض بالفسخ
خلافا للشافعي لان العقد وجد دفعة على المنافع فصار كبيع
العين ولنا ان الاجارة جوزت للعذر فلان تفسخ بالعذر اولى [illegible]
ولان جواز الاجارة للحاجة فاذا ظهر العذر لم يبق محتاجا الى
الابقاء ولان وجود العذر بمنزلة العيب قبل القبض
على معنى انه استدامة العقد ضررا زائدا يلزمه ولهذا [illegible]
ثم العذر ما هو فالشيخ الطحاوي ذكر العذر من جهة المؤجر
ان يلحقه دين فادح لا وفاء له الا ببيع الشيء المستاجر [illegible]
الذي [illegible] عقد الاجارة ولو نشا [illegible] بالاعذار بعد عقد
الاجارة يفسخ اي فسخه لذلك القاضي وقال ابو يوسف ومحمد
لا ينقض الاجارة اذا نشا العذر من جهة المؤاجر فان
القاضي يبيعه اولا ثم ينقض الاجارة ولا ينقض بنفس العذر والعذر
من جهة المستاجر ان يريد سفرا او افلس فقام من السوق او ترك
الحرفة واخذ في الزراعة او استاجر ارضا للزراعة وترك
الزراعة واخذ في التجارة او ما اشبه ذلك فانه يكون عذرا فاما اذا
وجد ارخص من ذلك فاراد ان يترك هذا وياخذ الارخص فليس ذلك
عذرا ولو استاجر رجلا ليقلع سنه ثم بدا له ان لا يقلع فانه يكون
عذرا وكذلك لو استاجر ليهدم داره ثم بدا له ان لا يهدم فهو
عذر وكذلك اذا وقع في يده آكلة فاستاجر رجلا ليقطع
يده ثم بدا له ان لا يقطع فهو عذر قال ابو بكر الرازي في شرح
مختصر الطحاوي [illegible] ينقض الاجارة من غير عذر
قال واحسبه قول شريح واياس لكن لا ينقضها من غير عذر لقول
الله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود وقال النبي صلى الله عليه وسلم
المسلمون عند شروطهم قوله ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا
يضر بالسكنى فله الفسخ اي قال القدوري في مختصره وذلك لان
كل جزء من المنفعة معقود عليه فحدوث العيب فيه قبل القبض
يوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة يلزمه

[illegible]

جميع

جميع الاجر لانه رضي بالمعقود عليه كالمشتري اذا رضي بالمبيع المعيب
وجملة ذلك ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره فاذا استاجر
الرجل عبدا للخدمة او دابة ليركبها الى مكان معلوم او دارا ثم
حدث في ذلك عيب يضر بالانتفاع بها فالمستاجر في ذلك
بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ وان مضى على ذلك فعليه
الاجرة تامة لا ينقص منه شيئا وكذلك ان كان بالدار سقوط بيت
منها فمضى على الاجارة لا ينقص منه شيئا وان كان ما حدث من جميع
ذلك لا ينقص ولا ينتفع به فلا خيار له والاجارة له لازمة فان بنى
المؤاجر ما سقط لم يكن للمستاجر ان يفسخ الاجارة فان كان المؤاجر
غائبا فحدث ما يوجب الفسخ فليس للمستاجر ان يفسخ وان سقطت الدار
كلها فله ان يخرج كان صاحب الدار شاهدا او غائبا الى هنا
لفظ الكرخي وفي الاصل عن ان العبد اذا حدث بالعيب المستاجر
فان اثر ذلك في المنافع يثبت الخيار للمستاجر كالعبد اذا مرض
والدابة اذا مرضت والدار اذا انهدم بعضها لان كل جزء من المنفعة
كالمعقود عليه فحدوث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار وان لم يوثر
ذلك في المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستاجر للخدمة اذا
ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة او سقط شعره وكالدار
اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على
المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة
فالنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار ثم انما يثبت الخيار اذا
استوفى المنفعة يلزمه الاجر كاملا كالمشتري اذا رضي بالمعيب
ثم اذا حدث ما يوجب الفسخ لا يجوز الفسخ الا بحضور المتعاقدين
لان حضورهما او حضور نائبهما شرط للفسخ فان سقطت الدار
كلها فله ان يخرج شاهدا كان صاحب الدار او غائبا وتكلم اصحابنا
هنا [illegible] منهم من قال ينفسخ العقد بانهدام الدار [illegible]
لان الاجارة تنفسخ ببطلان المنفعة المعقود عليها وان امكن
الانتفاع من وجه آخر لا يلتفت الى [illegible] وقال محمد استاجر رحى
ماء فانقطع الماء [illegible] اشهر ينفسخ العقد وان استاجر رحى سنة صح
مضى سنة عليه اجرة سنة اشهر الا اذا كان [illegible]
الطحن [illegible] من الطحن [illegible] من المعقود عليه
له حصة [illegible] العقد من اصحابنا من قال لا ينفسخ العقد بانهدام الدار

بالتسليم قبل الفسخ جاز وفي الخلاصة قال في الصلح على سكنى دار فانهدمت
لم ينفسخ الصلح كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في الكفاية وقال في العتابي
الصحيح وفي التتمة إذا سقط حائط أو انهدم بيت من الدار للمستأجر
فللمستأجر أن يفسخ ولا يملك الفسخ بغيبة المالك بالإجماع
لأن هذا رد بالعيب وذلك لا يصح إلا بحضرته إلا أنه بالإجماع
إنما الخلاف في الرد بخيار الشرط وإن انهدمت الدار كلها فله الفسخ
من غير حضرة رب الدار لكن الإجارة لا تنفسخ ما لم يفسخ لأن الانتفاع
بالعرصة ممكن كما ذكره المصنف إليه ذهب خواهر زاده وفي إجارات
شمس الأئمة إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح أنه لا تنفسخ الإجارة
لكن يسقط الأجر عنه فسخ أو لم يفسخ في باب إجارة الدور والبيوت
إلى هنا لفظ فتاوى الصغرى والتتمة وذكر العمادي في الصغرى
أيضا إذا استأجر أرضا للزراعة فزرع فاصطلمه آفة فعليه أجر
ما مضى ويسقط أجر ما بعد الاصطلام **قوله** وإذا خربت الدار أو
انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة أي
قال القدوري في مختصره وللشيخ كلام في انفساخ الإجارة قد مر ذكره في
هذا وهذا الذي ذكره هو اختيار القدوري وإليه ذهب صاحب التحفة
وأبو نصر البغدادي في شرحه واختار خواهر زاده وشمس الأئمة
خلاف ذلك وقالوا إنها لا تنفسخ لأن المنفعة المعقود عليها قد
عدمت وفوات المعقود عليه يوجب بطلان العقد كهلاك المبيع قبل
القبض وكموت العبد المستأجر وضيعة الرجل عقاره كذا ذكر
في الجمهرة والجمع ضياع ومنه قول بعضهم فإنها تفي بماء وجه الفتى
وصاحب الضيعة في ضيعته **قوله** ولو انقطع ماء الرحى والبيت
مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته أي بحصة البيت
المسألة استثناها دليل على أنه لا تنفسخ العقد بانقطاع الماء عن الرحى
قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي فإن انقطع الماء
عنها أي عن الرحى فلم تعمل رفع عنه من الأجر بحساب ذلك لأن الأجر
كان يجب بالتمكن من الانتفاع فإذا لم يتمكن من الانتفاع سقط حقه ويتجدد
فلا يجب الأجر ولأن نقض الإجارة لا بد فإن المقصود منها وهو
الانتفاع بالمحل فإن لم يفسخها حتى عاد الماء لزمته الإجارة لأن
المعنى المعجز عن الانتفاع قد زال فلزم العقد ولا يقال بأنه قد تعرضت
علية الصفقة فينبغي أن يتخير عند زوال العذر كالمبيع إذا هلك

لعدم

القبض لأنا نقول هذا يعرى عن تمام الصفقة لأنا جعلنا
نفس المحل كقبض المنافع ومتى قبض الدار ثم تعذر عليه
الانتفاع كان هذا عيبا حادثا بعد القبض فلا يوجب
التخيير ولو اختلفا في مقدار الانقطاع فالقول قول المستأجر
لأنه ينكر وجوب الأجر عليه فكان القول قوله ولو قال الآجر
انقطع الماء وقال المستأجر قد انقطع يحكم الحال فيكون القول قول
من يشهد له الحال جريانه في الحال دليل على الماضي لأن الحال يصلح دليلا على
الماضي عند الاشتباه كذا في شرح الكافي وقال في الملتقط في المستوفي
انقطع ماء النهر له الفسخ لأن انقطاع الماء يفوت ما استأجر لأجله
الأرض فإن قل الماء في الرحى إن كان ضررا فاحشا ينقص عن الأنفال
فإنه كان له الخيار لأنه عيب وإن اصطلح رب الرحى على الفسخ فالفسخ
كما هو في هذا لفظ التأمل وفي خلاصة الفتاوى في
نقصان الماء فاحشا بأن يطحن أقل من نصف طحنه ثم قال في الخلاصة
قال الناطفي إذا طحن نصف ما كان يطحن فللمستأجر رده أيضا
ولو لم يرد حتى طحن كان هذا رضا منه فليس له أن يرد الرحى بعد
ثم قال في الخلاصة وهذه الرواية تخالف رواية القدوري وذكر القدوري
إن استأجر رحى ماء سنة فانقطع الماء ستة أشهر فما سكن
الرحى حتى مضت السنة فعليه أجر ستة أشهر وإن كان بيت الرحى
ينتفع لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته ولو استأجر بيتا فيه رحى
فهو كالرحى كذا في الخلاصة **قوله** وإذا مات أحد المتعاقدين
وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت وهذا لفظ القدوري في مختصره
وعندنا فعلى لا ينفسخ العقد بموت أحد العاقدين كالبيع وذلك
لأن الموجر إذا مات ينتقل الملك عنه إلى ورثته وعقد الإجارة
يقتضي استيفاء المنافع من ملك الموجر لا من ملك غيره فلو بقي عقد
الإجارة يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير وهذا لا يجوز وإن مات
المستأجر وهو قد عقد الإجارة يلزم استيفاء المنافع من ملك
الغير وهذا لا يجوز وإن مات المستأجر وهو قد عقد الإجارة لنفسه
وكل ماله من المال ينتقل إلى ورثته وعقد الإجارة يقتضي أن
يكون الأجر من مال المستأجر لا من مال غيره فلو بقي عقد الإجارة
بعد موته يكون الأجرة مستحقة من مال غيره وهذا لا يجوز فتعين
بطلان العقد لعدم إمكان بقائه بخلاف ما إذا عقد الوكيل

او الوصي او متولي الوقف خمسة لا يبطل العقد لان المعنى الذي جعلنا
في العاقد لنفسه لا يوجد في العاقد لغيره ولان عقد الاجارة
عقد ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فلا يبقى بعد موت من عقد له
كالنكاح فانا لو ابقينا عقدا لازما على ما يجري فيه الارث فلا يبطل بالموت
كالبيع قلنا لا نسلم جريان الارث لان المنافع لا تنتقل عندنا الى الوارث
بالارث وانما يجري البيع لو طرأ الملك على المبيع بعد القبض لا يبطل
العقد بخلاف الاجارة فظهر الفرق وربما قالوا انه يملكها بالوصية
فيملكها بالارث كالاعيان قلنا الوصية ليس من شرطها القابض فيجوز
ان يستوفي المنافع والعين على ملك الغير كنكاح الامة اذا مات
المولى بعد النكاح والاجارة من شرطها العاقد الاجل فيبطل بالموت
فلذلك لا يكون استيفاء المنافع بحكم العقد الاول على ملك الباقي
وفي خلاصة الفتاوى ذكر في باب اجارة الظئر ولو اجر الحر نفسه تدبر
لو جن جنونا مطبقا فانه يفسخ الاجارة وفي فتاوى الفضلي الصغرى
بموت الموكل ينفسخ الاجارة وبموت الوكيل لا وفي فتاوى الاجناس
عن ابي حنيفة في الاصل اذا اجر الاب ارض ابنه الصغير
او الوصي ثم مات لا يبطل الاجارة وكذلك لا يبطل اجارة الظئر بموت
والد الصبي الذي استاجر وتبطل بموت الصبي والمستاجرة وقال
الكرخي في مختصره وان ماتت الظئر قبل المدة او مات الصبي
انتقضت الاجارة وكان للظئر الاجر بحساب ما مضى من المدة
قبل الموت وفي فتاوى الاجناس لو اجر الوقف ثم مات قبل انقضاء
المدة لا يبطل الاجارة ولم يذكر فيه القياس والاستحسان ونقله الى الخلاف
عن الذخيرة ثم ذكر القياس والاستحسان فقال القياس ان يبطل
الاجارة وبه اخذ ابو بكر الاسكاف لانه في معنى الوكيل وليس كالاجير
وفي الاستحسان لا يبطل لانه اجر لغيره كالوكيل وفي فتاوى الاجناس ايضا
ولو مات رب الابل في بعض طريق المفازة فله كما في اجارات الاصل
للمستاجر ان يركبها على حاله وعليه الكراء المسمى الى ان يأتي مكة
ثم يرفع الى القاضي ان شاء فسح له الكراء الى الكوفة وان شاء فسخ
الاجارة وفي كتاب الشروط لمحمد بن الحسن لو مات المكاري في مصر من
الامصار لو ركبها المستاجر ضمن لان ملكها للابن الا ان القاضي وكل
ابو العباس الناطفي في الاجناس فحوله ركبها المستاجر الى ان يأتي مكة لا يريد
به انه لا يبطل الاجارة بموت الجمال الا وفي الجمال والقاضي فكان الفسخ بها

ولو كان

116
ولو كان بعد الاجارة باقية ثم ملك فسخها بحال حضرة الجمال او لا اراد
به انما تنتقض الاجارة في حق المستاجر حتى يبطل الحكم ابتداء لضرورة
داعية لحق المستاجر حتى لا يلحقه الضرورة بتضييع ماله و
انقطاعه في الطريق بما لا يعمي الركوب فكانه اجره ابتداء
وهو كمن اسرج الاذن في الركوب مجرى الاذن من جهة المستحق
كاخذ اللقطة ورد الابق وعلى ما ذكره في نوادر ابن رستم
رجل استاجر رجلا زقا يحمل فيه زيتا فاخذه في صحراء فجاء انسان
برد الزق الذي فيه يسيل الزيت فان لم يفعل يخشى باخر مثله الى ان
ان يجد ما يحمل فيه الزيت الى هنا لفظ الاجناس وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب فسخ الاجارة من
شرح الكافي وهذا استحسان لان الاجارة تنتقض بموت
احد العاقدين لان الجواز الى حين الحاجة بعد الموت الا انا
استحسنا وقلنا بالبقاء هنا لان العقد في الابتداء انعقد للحاجة
الحاجة فلان يبقى لمكان الحاجة كان اولى والى جهة
فههنا لانه لا يقدر على ان يكاري دابة يحمله في المفازة حتى
لو كان في مصر يجد لا يبقى العقد فاذا وصل الى مكة ينبغي ان
يسلم الدابة والاجرة الى القاضي لان هذا مال الوارث وهو غائب
والقاضي احق بحفظ مال الغائب فان شاء له الكراء القاضي
الى الكوفة فهو جائز وللقاضي ان يبعثه الى الورثة على يد امين و
في الاجارة نفع لهم فيصح ذلك واحب الى ان كان المستاجر ثقة ان
ينفذ الكراء الى الكوفة لما فيه من ايصال الحمولة الى المستحق وتحصيل
النفع لهم فكان ذلك وان لم يكن المستاجر ثقة نقدها على يدي ثقة
فان لم يجد من يعتمد عليه باعها وبعث بثمنها لانه الاحوط
وان انفق على الابل شيئا لم يجز ذلك الا ان يكون بامر القاضي
فانه متطوع فلا يرجع الا بما يحتمل له ولانه فاذا اقام
البينة على الامور المنفقة حسب له ذلك من الكراء فان راى القاضي
المصلحة في فسخ الاجارة وبيع الابل فباع واقام المستاجر
البينة على انه اوفاه الكراء رد عليه بحساب ما بقي لانه اثبت
حقه بالحجة لا يقال ان البينة انما تسمع على خصم ولا خصم هنا
لانا نقول لما انتصب القاضي الى الحفظ اي للحفظ صار
خصما عنه فيسمع البينة عليه او يقول بل انما جوزناه على الحكم

ثم الدليل لما كان لو ادعى الملك كان القول قوله فاذا ادعى جعله منفعلها
لهذا الملك كان القول قوله لانه لا منازع له ظاهرا كذا في شرح الكافي **قوله**
لانعدام ما ذكرنا من المعنى اشارة الى قوله لانه لو نفى العقد يحصر
المنفعة المملوكة او الاجر المملوك لغير العاقد فيخل مستحقه بالعقد
وبيانه حين قيل هذا **قوله** فان لم يصح شرط الخيار في الاجارة اي قال
القدوري في مختصره وعندنا يصح ولا يجوز شرط الخيار في الاجارة كذا في شرح
الكافي والحلية للاسبيجابي وغيرهما وعندنا يجوز ويعتبر ابتداء
المدة من وقت سقوط الخيار كذا في المختلف وجه قول الشافعي ان
القياس يقتضي ان لا يقاس عليه شرط الخيار في البيع ثبت بخلاف القياس
فلا يقاس عليه عقد الاجارة ولانه لا فائدة في شرط الخيار لانه لا يخلو اما ان
كان الخيار للمؤاجر او للمستأجر فان كان للمؤاجر فبعد اسقاط الخيار
لا يمكنه تسليم المعقود عليه بكماله لما مضى من المدة وهذا المعنى يمنع
الخيار كما لو تلف بعض المبيع في مدة الخيار ولنا ان عقد الاجارة نوع
بيع لانه معاوضة فيعتبر بالخيار الوارد بالحديث في البيع في الاجارة
لان الخيار شرع في البيع لدفع الغبن فكما انه يحتاج الى دفع الغبن في البيع
يحتاج اليه في الاجارة فيصح الخيار في الاجارة كما يصح في البيع لوجود
الجامع وهو دفع الغبن لانه عقد معاملة لا يستحق به القبض
في المجلس فجاز شرط الخيار فيه كالبيع ولا يلزم النكاح لانه ليس بمعاملة
ولانها مدة ملحقة بالعقد فيصح شرطها في الاجارة كالاجل والجواب
عن قول الخصم فبعد الاجارة ليست كالبيع لان البائع لو اراد تسليم
البعض دون البعض لم يكن له ذلك وكذا المشتري اذا اراد رد البعض
دون البعض لم يكن له ذلك فكذا اذا كان في المبيع خيار للبائع
او المشتري فتلف بعض المبيع في المدة فاذا اراد المؤاجر
تسليم بعض المنافع من غير خيار فكما اذا آجر داره شهرا
فمنعه فيها في بعض المدة ثم سلمها فكذا اذا كان خيار الشرط له ان
كذلك يكون للمستأجر رد بعض المنفعة اذا سكن الدار ثم ردها
بخيار العيب فكذا اذا كان فيه خيار الشرط ولما كان كذلك ان البيع
يمكن للبائع تسليمه جملة ويمكن للمشتري ايضا رده جملة فلا حاجة الى
تسليم البعض دون البعض او رد البعض دون البعض اما المنافع
لا يمكن تسليمها جملة لانها تحدث شيئا فشيئا فلهذا جاز تسليم البعض
دون البعض ورد البعض دون البعض اصح الخصم بان عقد يقصد به

البعض

البعض فلا يجوز شرط الخيار فيه كالنكاح قلنا النكاح لا يرد
بكل عيب والاجارة بخلافه فلا يعتبر احدهما بالآخر والمعنى
في النكاح انه معاوضة لا يلحقها الفسخ بالاقالة فلذلك
لم يجز فيه شرط الخيار والاجارة معاوضة يلحقها الفسخ بالاقالة
وليس من شرط صحتها القبض فصح فيها كالبيع عقد من شرط صحته ان
يكون احد عوضيه عينا فجاز شرط الخيار فيه كالبيع قلنا
ينتقض بذلك فالوا استوى تمليك في الذمة لان احد عوضيه عين فيتحقق
ومع هذا لا يجوز شرط الخيار فيه يعني في السلم لان من شرط صحته القبض
في المجلس فلذلك لم يصح الخيار لان الخيار ينافي لزوم القبض في المجلس
بخلاف الفرع كذا في مختصر الاسرار قال الحاكم الجليل الشهيد
في مختصر الكافي فان استأجرها بمائة درهم على انه فيه بالخيار
ثلاثة ايام فهو جائز قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه
وهذا عندنا وعند الشافعي لا يجوز ثم قال شيخ الاسلام ثم قال
بعض اصحابنا ان الاجارة هاهنا تتأتى على الاختلاف في مسئلة اخرى
وهو ان اضافة الاجارة الى زمان في المستقبل جائز عندنا وعنده
لا وهو يقول اذا اضاف العقد الى زمان المستقبل ان حكمها بالفساد
لتخلف حكم العقد عنه في الحال وهذا المعنى موجود هاهنا لانه لا يثبت
الحكم للحال ولا يمكن اثبات الحكم بعد انقضاء الخيار مستندا
لان المنافع التي مضت تعذر التصحيح وعندنا العقد ينعقد على
المنافع على حسب حدوثها فيقتضي ثبوت الملك في المنفعة حال
وجودها في المستقبل فلا يقتضي تفسير موجب العقد فيصح ومنهم
من حكم بالفساد عنده لا بناء على ذلك الاصل بل بناء على جهالة
المعقود عليه لانه لا يعلم متى يسقط الخيار في المنافع لا
تصير معلومة الا بعلم المدة فتمكنت الجهالة فتفسد العقد
وانا نقول المدة معلومة وهو زمان تسليم الدار اليه لانه لا يستحق
الاجر الا اذا سلم فانتفت الجهالة فلم يفسد العقد فان
سكنها في الثلاث لزمته الاجرة لان السكنى دلالة الرضا بالمعقود
عليه واسقاط الخيار ومعلوم العقد في الكافي في مختصر الكافي
ايضا رجل تكارى دارين سنة على انه بالخيار ثلاثة ايام فان رضي
احدهما بمائة درهم وان لم يرض بالاخرى فخمس دراهم فالاجارة
في ذلك فاسدة لانه ردد في الاجرة التردد يوجب الجهالة فتفسد
العقد

دار سكنها فعليه حصتها في الاصح وعليه فيما انهدم منها لانه لا يسكنها
فان ادى الكل الا انه لم يصح الشرط لمكان التفرد بل يوجب اجر المثل
كذا في شرح الكافي قوله ولانه عقد معاملة اراد بعقد
المعاملة المعاوضة التي يلحقها الفسخ بالاقالة واحترز به عن
النكاح وعلى مال السلم قوله لا يجوز القبض ثمة في المجلس جاز
عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط فيهما فلهذا لا يثبت الخيار
قوله بخلاف البيع متعلق بقوله وقوله بقبض المعقود عليه
يعني ان تمام الصفقة بقبض المعقود عليه في البيع فيمنع الرد دون الاجارة
وقد مر البيان قوله يشترط فيه دفعه اي يشترط رد الكل
في البيع دون عقد الاجارة قوله ولهذا الخيار انما هو على
القبض اذا سلم المواجر بعض الدار بعد قبض البعض اي قبل الاجارة
اي ولهذا المعنى وهو ان رد الكل مع حق البيع دون الاجارة قلنا
يجبر المستاجر على قبض الدار اذا سلمها الموجر بعد مضي
بعض مدة الاجارة خلافا للشافعي لانه لم يملك المنافع فيه بالاجرة
عنده قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في باب الاجارة
الى وقت المعوت واذا استاجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى
شهر ثم طالبه التسليم او لم يطالبه ثم خاصم لم يكن للمستاجر
ان يمتنع من القبض في باقي السنة ولا للمواجر ان يمتنع من التسليم قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فرق بين هذا
وبين البيع اذا هلك بعضه حيث يتخير المشتري في الباقي والفرق
ان المعقود عليه في البيع اذا هلك بعضه تتفرق الصفقة على ما هو
في العقد معقود لانه يعقد على حسب حدوث المنفعة فالمنافع
فيما مضى لا نقص اتفاق الصفقة في المستقبل ثم قال شيخ الاسلام
علاء الدين ولم يذكر حكم الارض يعني يكون الحكم حكم الارض ثم قال
وينبغي ان يفصل الكلام فيها اي في الدار والارض فيقال ان كانت الارض
لانها تستاجر للزراعة وقد يفوت عليه الزراعة بفوات وقتها
اما الدار فانها تستاجر للسكنى ولا يفوت عليه السكنى في المستقبل
بفواتها في الماضي ولو سلمها اليه الا بيتا كان مشغولا بمتاع
المواجر رفع عنه من الاجر بحساب ذلك وكذلك لو سلمها اليه الا بيتا
منها بيتا لان الاجرة تجب مقابلة المنافع وقد حبس بعضها
فكان له ان يحبس ما يقابلها بخلاف ما اذا انهدم بيت منها حيث

[illegible] لنقص المده

الفتح [illegible]

لا العو

118

لا العقد في معاملته بني على البنيان فالمنافع انما يصح اذا صارت معقوده
فلا بالاتلاف وهمنا لم تصر معقوده فلا تضمن كذا في شرح الكافي
قوله وتفسخ الاجارة بالاعذار اي قال الاعذار في مختصره
وقال الا لا تفسخ الا بالعيب كذا في شرح الاقطع يعني لا تفسخ
بالاعذار عنده وانما تفسخ بالعيب وقال ابن ابي ليلى لا تفسخ بغير
عذر ايضا كما ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير وهو مذهب
شريح كذا في شرح الكافي وتمام لفظ القدوري كمن استاجر
دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكمن اجر دكانا او دارا
ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما اجر فسخ
القاضي العقد وباعها في الديون قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
قال اصحابنا جميعا اذا وقع عقد الاجارة صحيحا فليس لواحد
من المتعاقدين الفسخ فيما بقي منها الا من عذر والعذر
ان يحدث في المستاجر ما يمنع الانتفاع به او ينقص الانتفاع
فيكون للمستاجر فسخ الاجارة وكذلك ان اراد المستاجر
ان ينتقل عن البلد فله ان ينقض الاجارة في العقار وغيره
مما لا يوجب له الاجارة اخراجه معه وكذلك ان اكترى حانوتا
ليعمل فيه فيدع ذلك العمل الى التجارة او ينتقل الى غيره فله ذلك
وكذلك ان افلس فان اراد ان يشتغل عن العمل الى عمل غيره
لم يكن له ذلك وان وجد ارخص كراء منه فاوسع عليه وارفق به
وكذلك ليس للمواجر ان يفسخ الاجارة اذا وجد زيادة على الاجرة التي
اجرها بها وان كان فيه اضعاف وكذلك ان كان ما استاجر لا يصل الى
الانتفاع به الا بان يستهلك ماله او يدخل ضررا في بدنه او ملكه
فله ان يفسخ الاجارة مثل ان يستاجر رجلا ليقطع له ثيابا
او يقطعها ويخيطها او ينقض دارا له او ليقطع شجرا له او كلا
او يحدث مع ذلك شيئا من بناء او حفر او لفصد او لحجم او نقلع ضرسا
له او للزرع ارضا ثم بدا له ان لا يفعل فله في ذلك كله ان يفسخ الاجارة
ولا يجبر على شيء من ذلك لان فيه استهلاك مال او غرما او ضررا يدخل
في ماله او بدنه ولا العامل وكذلك ان استاجر ابلا الى مكة ثم بدا له ان
لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لان فيه مشقة وضررا فان كان
المواجر فليس له ان يفسخ الاجارة وان بدا له في الخروج لم يكن
له ذلك لانه ليس بعذر الى هنا لفظ الكرخي في مختصره ووجه قول ابن ابي ليلى ان الاجارة
امر كالبيع
لبيع بلا رضيه

لانها ليست بمنتقل في الحال وانما تنعقد على حسب وجود المنافع فيكون
لبقائها حكم ابتدائها في الاصل وهو مخير من ابتداء العقد وان لا يعقد فكذا
في حالة البقاء ووجه قول الاول في ان المنافع لها حكم الاعيان ولهذا
لو استاجر المنافع ببدل دين جاز ولو لم يكن لها حكم الاعيان لكان
الكالي بالكالي وقد مر ذلك مفصلا باضمان الاجر فلما كان لها حكم الاعيان
كانت الاجارة كالبيع فلم يجز الفسخ الا من عيب ولنا ان المنافع هي المعقود عليه
حقيقة وهي توجد شيئا فشيئا والدار اقيمت مقام المنافع لتقدير الصحة
للعقد فيكون وجود العذر بمنزلة العيب الحادث قبل القبض على معنى
انه استدامة العقد صار رابدا مما يلزمه فله الفسخ لانه لا ضرر
ولا ضرار في الاسلام ويفسر العذر بعجز العاقد عن المضي في موجب العقد
الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق بالعقد وذكر مثل ما ذكر لانه لو اقلس
وبقيت الاجارة مع ذلك يحبسه القاضي ليقضي الدين والحبس ضرر
زايد لم يلتزمه بعقد الاجارة وكذلك قلع السن وقطع الشجر
ونحو ذلك ولان الاجارة انما جوزت للعذر فلان تفسخ بالعذر اولى
لانه اذا ظهر العذر ظهر انه لم يبق محتاجا الى البقاء فلا يجب الابقاء
لانه انما ابقيناه للحاجة ولا حاجة ولا نرد علي ما قلنا اذا استاجر
دكانا فمرض مرضا لا يقدر على المشي والخروج لان محمدا نص على انها تفسخ
كذا في مختصر الاسرار وقالوا في شروح الجامع الصغير قال البائع ما نعرف
في رجل استاجر انسانا ليقطع يده لاكلة وقعت عليها ثم برأت او استاجر
رجلا ليقلع سنه لوجع ثم زال الوجع او استاجر انسانا ان يتخذ
له وليمة العرس فماتت العروس او خلعها انه لا يجبر على قطع اليد
او قلع السن او اتخاذ الوليمة كيلا يضطر الى الرجوع عن قوله فيعمل
بانتقاض الاجارة لما اذا استحق بالهلاك كالمعنى يجمعهما اي المعنى الموجب
للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا فتفسخ الاجارة بالعذر كالعيب
اذا ظهر في المبيع قبل القبض والمعنى هو العجز عن المضي على موجب
العقد الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق بالعقد قوله ثم قوله فسخ القاضي
اشارة على انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض اي نقض العقد كذا
في المختصر فسخ القاضي العقد وفيما عداه في الدين اشار الى اشتراط
فسخ القاضي اعلم انه اذا كان عليه دين فادح لا وفاء له الا بثمن المبيع
المستاجر يكون ذلك عذرا عندنا ولكن هل للموجر ان يفسخ العقد بنفسه
ويبيعه ام يحتاج الى حكم القاضي اختلف المشايخ فيه قال محمد في الجامع الصغير

112

كالعذر هو بمنزله عذر فان الاجارة تنقض به هذا لفظ اصل الجامع الصغير
وهذا يدل على ان فسخ القاضي ليس بشرط وذلك لان العذر في باب الاجارة
بمنزلة العيب الذي قبل القبض فيوجب التفرد بالفسخ وقال في
الزيادات اذا باع الاجر المستاجر لقضى دينه لا يصح ما لم يرفع
الى القاضي وهذا يدل على ان الموجر لا ينفرد بالفسخ بل يفسخه القاضي
وقال في خلاصة الفتاوى قال شمس الائمة الحلواني ورواية الزيادات
اصح لان هذا فصل مختلف فيه فيتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة
وقال فخر الاسلام على البزدوي في شرح الزيادات في باب ما لا يصدق المواجر
في نقض الاجارة رجل اجار ارضه عشر سنين اجارة صحيحة وسلمها ثم اراد
نقضها لم يملك الا بعذر والعذر ان يلحقه دين فادح لا وفاء به عنده
الا بثمن الارض فعلى ما عرفت ثم قال وقد نص ههنا اي في الزيادات ان النقض
لا يصح الا من القاضي فانه قال الا ان يرجع ذلك الى القاضي لان العذر لا يتضح الا
بقضاء القاضي خصوصا في المجتهدات ولو طلب الاجر النقض لم يفعله
القاضي لانه جعله لسبيل النقض بالحق اليه لما في البيع وربما لا يشتري
البيع فيصير النقض مقصودا ويبطل به حق المستاجر ولو باع الارض
صح البيع لكن لا يمكنه تسليم الارض ويكون للمستاجر الخيار فان رفع المشتري
الامر الى القاضي وطلبه بالتسليم اي بالنقض فاثبت البائع الدين عند القاضي
فان القاضي يمضي البيع فيتضمن ذلك نقض الاجارة ويأخذ الثمن من
المشتري فيسلمه الى الغريم ثم قال فخر الاسلام ولم يذكر في المزارعة
والاجارات قضاء القاضي ثم قال فالصحيح ما ذكر ههنا اي في
الزيادات فان لم يكن عليه الدين ظاهرا فاقر الاجر بالدين لرجل وكذبه
المستاجر وصدقه المقر له ببيعه الارض ونقض الاجارة
به عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ينقض لان هذا الاقرار
لنقض المستاجر ولابي حنيفة ان الاقرار يلاقي ذمته المقر ولا حق
كان فيه للمستاجر فيصح ثم يتعدى فاذا صح وجب البيع كما في المسألة الاولى
فاذا وجب البيع كان المستاجر هو كله الاجر المسمى الى ان يباع ثم يقضي القاضي
بالبيع لان الاجارة لا تفسخ الا بقضاء القاضي فلا يسقط عنه الاجر
الا حينئذ وعندهما لما لم يجز الاقرار في حق المستاجر وجب اخراج البذر
من الشجر لانه ظهر كونه وان نبت الفرع فقد زمنته على ما عرف حتى ينتهي
عقد الاجارة ثم ينادي المستاجر لقلع الارض كذا في شرح الزيادات
وقال في تتمة الفتاوى اعلم ان الاجارة تفسخ بعذر بلا اجر اذا عقدت

على اجره يمكن المضي فيه بدونها هو الصحيح وان ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده
رحمه الله لفظ الفسخ في باب تناقض اما من عذر يمكن المضي فيه شرعا
لكن بضرر ذكر في رواية الاجارات والمزارعة في الجامع الصغير
انه ينفرد صاحب العذر بالفسخ ولا يفتقر الى القضاء وذكر في
الزيادات في باب عيب الحصة مثل نصيبا البنين والثلث
ما يبقى ويشترط القضاء لكن وضع المسئلة في الدين فما اذا باع المستاجر
ليقضي دينه لا يصح ما لم يرفع الامر الى القاضي وذكر في باب
اجارات الدعاوى اذا باع الآجر المستاجر من عذر ... البيع ثم اختلف
المشايخ فيه منهم من قال ما ذكر في الزيادات محمول على عذر فيه اشتباه
يحتاج الى المرافعة الى القاضي ليزيل الاشتباه بقضائه
وما ذكر في الاصل محمول على عذر واضح لا اشتباه فيه ومنهم من قال فيه
روايتان واليه مال شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده في شرح الجامع رواية
وفي موضع شيخ الاسلام الروايات المطلقة لا بد ان يباع وصحح شمس الائمة
في مسئلة الدين اذا باع الآجر المستاجر بعذر الدين رواية الزيادات
انه لا ينفسخ ولا ينفذ البيع الا ان يرفع الى القاضي لكن ذكر علة
توجب بتلك العلة تصحيح رواية الزيادات في عامة الفصول فانه قال
لا ينفصل من غير قضاء وذكر الشيخ الامام علي البزدوي ... ان الصحيح
... عذر الدين في عامة الروايات وفي الدين الجواب كما قال في الزيادات لانه
امر فيه خفاء فيشترط القضاء ليصير العذر ... كما ... الفسخ
عذر الدين على الروايتين ... في عامة الروايات انه لا يشترط القضاء
ويجعل ... الدين ... عليه ويجعل ... كلها على روايتين
... الدين بعامة الروايات وفي الدين برواية الزيادات
والصدر الشهيد كان يفتي بعامة الروايات وفي الدين برواية
الزيادات ومن مشايخنا من كان يفتي في الفصول كلها بعامة
الروايات ... **قوله** ...
اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج فيه الى القضاء ...
... الجامع الصغير والزيادات ... الجامع الصغير
على ما اذا كان العذر ظاهرا ورواية الزيادات على ما اذا لم يكن العذر
ظاهرا كما اذا استاجر رجلا ليقطع يده للآكلة ثم ... فيها
او استاجره ليقلع السن ... ثم سكن الوجع او استاجره ليطبخ
طعام الوليمة ثم ماتت العروس او اختلعت او استاجر ...
الصدر الشهيد و ... فخر الدين قاضي خان ...
للجامع الصغير والعدة الظاهرة
كما

وفي عذر الدين ...

مسئلة اذا باع المؤجر المستاجر

كما نت الولد ونحو ذلك ... اذا لم يكن العذر ظاهرا كالدين لا يحتمل
ان يكون قادرا على الاتفاق ... فلا بد من القضاء ليزول
الاشتباه ويتحقق العذر **قوله** ومن استاجر دابة ليسافر
عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر وهذا لفظ القدوري في
مختصره ... بدا للمكاري فليس بعذر قال في
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكترى
من الرجل ابلا الى مكة ... الذي اكترى ان يقعد فله ذلك وهو عذر
وان اراد الجمال ذلك فليس هذا بعذر الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وجملة هذا ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال اذا استاجر دابة الى بغداد
وهي بعينها ثم بدا للمستاجر ان يقعد فلا يخرج فهو عذر
لانه قد يتعلق مصلحته بالسفر في زمان دون زمان فاذا
... فله ان يفسخ ... فيكون عذرا
وكذلك لو اراد الخروج في طلب غريم له او عبد آبق ثم رجع
... الغريم ... لان الحاجة ... وكذلك لو مرض
او لزمه غرم ... اذا ... لا يستطيع الركوب ... كان هذا عذرا لانه يتعذر عليه الا بضرر
... ان لم يكن الامر على شيء مما ذكرنا وارادت الدابة
ان ينقض الاجارة ... ليس له ذلك لانه لا عذر ... لرب
الدابة ... مرض لا يستطيع الشخوص معه مع دابته لم يكن لرب الدابة
ان ينقض الاجارة ولكنه يؤمر ان يرسل معه رسولا يتبع الدابة
وكذلك لو ... لانه لا ... بالدابة ... في
... فمكن ... الصبر ... العقد
على ما كان ... هذا عذرا ... وهذا
اذا استاجر دابة بعينها فاما اذا ... لم يكن هذا عذرا لان
... دابة بعينها لا يكون ... مطلقه ...
... بدابة ... لانه التزم الحمل ... قوله ...
بدا له في هذا الامر ... اي ... علاء ...
... الرأي ... المجمل ... وقال ... بدا ... الشيء
بدوا اذا ظهر ... في الامر اذا ...
كذا في الجمهرة ... في ... الساعة ...

... بدوات ... وللمغموم ... بدوات

قوله ولو مرض المواجر فيفسخ فكذلك الجواب على رواية الاصل
يعني لو مرض لعجز الدابة لا يكون عذرا على رواية المبسوط وذلك
لما قلنا انه يمكنه ان يبعث رسولا يتبع الدابة وقال صاحب
الهداية وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر وهو الذي ذكره
الكرخي في مختصره بقوله وقال ابو يوسف ان مرض المواجر او اصابه
آفة داء فله الفسخ اركاب سيفيدها وقال في خلاصة الفتاوى
لو قال المستاجر انا اريد السفر وقال الاجر انه يتعلل ولا يريد
الخروج حلفه القاضي بالله انك عزمت على السفر
ويسمع العذر منها وانه قال الكرخي في المختصر فلو خرج المستاجر
بعد الفسخ الى السفر ثم رجع وقال بدا لي في ذلك فقال خصمه
انه كاذب يحلف بالله انك قاصد في خروجك الى السفر قوله
ومن اجر عبدا ثم باعه فليس بعذر وهذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يواجر عبده
ثم يبيعه قال ليس هذا بعذر هذا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك
لان الاجارة عقد لازم بمنزلة بيع العين لا ينقض الا بما ينقض البيع
فعلم ان ما ينقض البيع ينقض كذلك قبل القبض والاجارة
تنتقض بالعذر لانه بمنزلة البيع الحادث قبل القبض ولم
يوجد العذر هنا وانما هو مجرد شهوة فلو نقض عقد الاجارة بمجرد
ارادة البيع من غير ان يلحقه دين فادح لا يمكنه اداؤه الا من
الثمن لمستاجره لم تبق الاجارة عن النقض ابدا ولبطلت مصالح
الناس وقال شيخ الاسلام علاء الدين في ... من الاجارات
من شرح الكافي قال اذا اراد صاحبه ان يبيعه لم يكن له ذلك وان باعه لم يجز
لانه تعلق به حق المستاجر وهو حق الاستيفاء فلو نفذ البيع
لبطل حق المستاجر وذلك مما لا يجوز وان كان عليه دين محبس
فيه فهذا عذر ويبيعه جاز لانه لا يتخلص عن عهدة الدين
الا ببيعه الى هنا لفظ شرح الكافي وقال في مختصر الطحاوي ومن
اجر دارا ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة فيها فان ابا حنيفة ومحمدا
قالا للمستاجر فسخ الشراء منها ونقض البيع عليه فيها فان
نقضه كان منتقضا وان لم يفعل ذلك وان لم ينقضه حتى مضت
الدار من الاجارة ثبت ذلك البيع فيها ويقول ابو يوسف لغيره
وروى عنه ... ان لا سبيل للمستاجر الى نقض البيع فيها
والاجارة

نفسها والاجارة فيها كالعيب فيها فكان المشتري على الخيار بعد رؤيته
البائع منه وللمشتري نقض الدار بعد انقضاء الاجارة فيها
وان لم يكن علم بذلك كان بالخيار ان شاء نقض البيع بهذا العيب الذي وجده
بها وان شاء امضاه والذي رويناه محمد عن ابي حنيفة انه ليس للمستاجر
نقض البيع ولكنه ان اجاز البيع نفذ وان لم يجز ذلك انتظر الى ما بقي من الاجارة
والقول الاول اما رويناه عن ابي حنيفة غيره الى هنا لفظ الطحاوي
في مختصره وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن اجر داره
ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة فان البيع جائز فيما بين البائع و
المشتري حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازما للمشتري وليس
له ان يمتنع من الاخذ الا اذا طالب المشتري البائع بالتسليم قبل انقضاء
مدة الاجارة فلم يمكنه ذلك ورفع الى القاضي العقد فسخها فانه
لا يعود جائزا بمضي المدة ولو ان المستاجر اجاز البيع جاز وبطلت
الاجارة فيما بقي من المدة ولو فسخ فانه لا ينفسخ البيع فيها حتى ان المدة
اذا انقضت كان للمشتري ان ياخذه هذا في ظاهر الرواية وروى
الطحاوي عن ابي حنيفة ومحمد ان للمستاجر ان ينقض البيع فاذا
نقض البيع فانه لا يعود وروى عن ابي يوسف انه ليس للمستاجر
نقض البيع والاجارة فيها كالعيب وان كان المشتري عالما وقت
الشراء بالاجارة فليس له ان يطالب البائع بتسليم الدار الى ان
تمضي مدة الاجارة وان لم يكن عالما وقت الشراء فهو بالخيار ان
شاء نقضه بالعيب وان شاء امضاه وكذلك هذا الحكم في الاعذار
اذا رهن دارا ثم رحل بعد ما اجرها فان اجازه يصح في حق ...
ولا يصح في حق المستاجر فاذا انقضت المدة ... يقضي للدار
بمنزلة ولو اجر دارا من رجل ثم اجرها من اخر فان العقد الثاني
يكون موقوفا على اجازة المستاجر الاول فان ابطله بطل بخلاف
البيع فانه ليس له ان يبطله لا يبطل في العين ... وعقد الاجارة
انما يقع على المنفعة والمنفعة مملوكة للمستاجر الاول فان
اجازها جازت واذا ابطل بطل واما البيع فانما يقع على العين والعين
مملوكة للمواجر الا ان للمستاجر فيه حقا فاذا زال حقه نفذ البيع ولو
اجاز المستاجر الاول الاجارة الثانية صحت الاجارة الثانية والاجرة
للمستاجر الاول ولا يكون لصاحب الدار بخلاف البيع لان ها هنا
الثمن لصاحب الملك والفرق ما ذكرنا ان المنفعة مملوكة للمستاجر

والاجرة بدله فيكون له بخلاف البيع لان هناك الثمن لصاحب الملك
فان العين مملوكة للمؤاجر والثمن بدل العين فيكون بدلا له
وفي الاجارة لا يفسخ عقد المستاجر الاول ما لم تمض مدته الثاني فاذا مضت
ينفسخ بمضي المدة جميعا ان كانت مدتهما واحدة وان كانت مدة الثاني
اطول من مدة الاول فللاول ان يسكن الدار حتى تتم المدة وكذلك
لو دفعها المؤاجر قبل انقضاء مدة الاجارة فالعقد جائز فيما بينه
وبين المرتهن ولكن للمستاجر ان يحبس الى ان ينقضي مدته
وكذا لو رهن داره من رجل وقبضها المرتهن ثم باعها الراهن من
اخر فالبيع جائز فيما بين البائع والمشتري وفي حق المرتهن يجوز
وله ان يحبسها حتى يستوفي ماله فاذا افتكها الراهن سلم الدار
الى المشتري كما ذكرنا في الاجارة الا ان هاهنا اذا اجاز المرتهن
البيع قبل ان يسلم الدار الى المشتري فالثمن يكون رهنا مكان الدار لان
له حق الحبس للعين ما دام العين قائمة فكذلك في بدله كذا في
شرح الطحاوي قوله فاذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك
العمل فهو عذر وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في الخياط يستاجر الغلام ليخيط معه فافلس
الخياط وترك العمل قال هذا عذر وان اراد ان يدع الخياطة ويعمل
في الصرف فليس هذا بعذر الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وذلك لانه اذا افلس الخياط فقد عجز عن المضي على موجب العقد اعني
انه عجز عن استعمال الغلام معه في الخياطة لانه ربما يقطع ثياب الناس
فيلزمه في بقاء العقد ضرر لا يدوم بموجب العقد فيصار الافلاس عذرا
في فسخ اجارة الغلام الا ترى انه لو استاجر حانوتا ليتجر فيه
ثم افلس كان ذلك عذرا وله ان يفسخ الاجارة فكذلك هاهنا ثم ذكر
الفقيه ابو الليث هنا في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال
فان قيل كيف يفلس الخياط وربما كان راس ماله ابرة ويمكنه ان يشتري
ابرة فالجواب مسالة في الكوفي الخياط يعمل النفقة يشتري الكرابيس
ويخيط ويبيع فانما يفلس عن ذلك واما عمل الناس فيستقبل عذر
يعجز عن قبول العمل فاذا استقبل العذر يوجب الحق فله ان
يفسخ الاجارة وكذا اذا مرض الخياط فقام عن السوق يكون ذلك
عذرا في فسخ استئجار الغلام كذا ذكره صاحب شرح الجامع الصغير
وقال العتابي في شرح الجامع الصغير في بيان المسالة فيه ثيابا كانت
الكبيرة

كتبه

كثيرة ثيابا يخيطها ليبيعها او خياطا خاطه خياطة عند الناس فلا يعطونه اجرة
لو فلا يخيطه لانه يلزمه بالمضي في موجب العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد
واما اذا اراد ان يترك الخياطة وينتقل لعمل الصرف فليس ذلك بعذر
في الفسخ لانه ليس بعاجز لانه يمكنه ان يستعمل الغلام في خياطة
في ناحية من الحانوت وهو بنفسه يشتغل بالصرف في ناحية اخرى
فلا يكون ذلك في معنى العجز ولم يوجب النقص فقال ذلك كما سلم بعد
ابدا كما انه اذا استاجر حانوتا للخياطة او العمل اخر غيرها ثم
اراد ان يتركه ذلك كان ذلك عذرا وقد مر ذكره عند قوله ويفسخ الاجارة
بالاعذار وذكر لان الجمع بين العملين لعامل واحد متعذر فكان
عذرا وهنا العامل اثنان فامكن الجمع بين العملين قوله
ومن استاجر غلاما ليخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر وصورة المسئلة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل استاجر غلاما
يخدمه في المصر ثم اراد سفرا قال هذا عذر وقد مر نحو هذا
في اول باب اجارة العبد فالكلام الذي ذكره الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير
وهذه من الخواص وهذا لانه ليس له ان يذهب بالعبد الى السفر لان
خدمة السفر اشق من خدمة الحضر لموضع ان السفر يلزمه ضرر ان بقي
لم يسافر بالعقد فكان عذرا في الخواص شرح الجامع الصغير وكذا اذا استاجره
ليخدمه مطلقا لانه لا يمكنه ان يسافر به وان كان العقد مطلقا لان
خدمة السفر اشق من خدمة الحضر فلا ينتظمها مطلق العقد قوله
وكذا اذا اطلق اي اطلق العقد اي سمى الغلام للخدمة ولم يقيد
خدمته في المصر ثم اراد المستاجر السفر يكون ذلك عذرا في فسخ
الاجارة لانه لا يمكنه ان يذهب به الى السفر لو اراده حرا لان خدمة السفر
يستحق كخدمة الحضر بدلالة العادة فاذا اراد المستاجر السفر كان ذلك
عذرا في الفسخ لانه عاجز عن المضي على موجب العقد لانه لا يمكنه ان يستخدم
الغلام في موضع السفر لاجل الغلام يلزمه ضرر لا يلزمه بالعقد
فكان عذرا قوله مسائل منثورة اي متفرقة لم تذكر فيما قبلها وذكرت
هنا تلافيا للفائت قوله قال ومن استاجر ارضا او استعار
ما حرق الحصائد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه
وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يستعير ارضا فيحرق الحصائد بذ[illegible] فاحترق ارض لقوم اخرين
لو استاجرها فيفعل ذلك فاحترق شيء في ارض لقوم اخرين قال

لا ضمان عليه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهي من الخواص وهي
احراق الارض احرق ما فيها وانما لم يجب الضمان لان هذا تسبيب
ليس بمباشرة والضمان في التسبيب لا يجب الا بالتعدي ولم يوجد
التعدي فلا يجب الضمان وانما قلنا انه لم يوجد التعدي لانه تصرف
في ملك نفسه وهذا لانه اما استاجر الارض او استعارها ليستمتع بها
والانتفاع بها لا يتهيأ الا به وصار كمن حفر بئرا في ملك نفسه فوقع فيها
انسان فمات فانه لا يضمن لانه غير متعد في فعله ان المباشرة علة لا يبطل
حكمها بعذر يطرأ لو رمى سهما في ملك نفسه فاصاب انسانا او مال الاخر
والتسبيب ليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليضمن عليه واحراق الحصائد
ليس بتعد الا يصلح علة لضمان التعدي كحفر البئر في داره حتى لو
كان متعديا يضمن كما اذا سقى سقيا لا تطيق تحملها الارض
فتعدى الى ارض جاره ضمن لانه متعد فعل ليس يضيع بل هو متعد
كذا قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ونقل صاحب
الاجناس في كتاب الغصب عن رواية الاصل لو وضع جمرا في الطريق
فحركته الريح فذهبت به من ذلك الموضع فاحرق شيئا لم يضمن قيل
انه يريد به اذا غيرها عن حالها الذي وضع عليها وكذا اذا وضع جملا [illegible]
[illegible] في باب الديات والجنايات بعلامة الواو من الواقعات
رجل احرق شوكا او تبنا في ارضه فذهبت الريح بالشرار الى ارض جاره
فاحرق زرعه ان كانت النار تبعد من ارض الجار على وجه لا تصل
اليه في العادة فلا ضمان عليه لان ذلك حصل بفعل
النار وانه جبار ولو كان يقرب من ارضه او على وجه يصل اليه
شرر النار غالبا فانه يضمن لانه له ان يوقد النار في ارضه ولكن
على وجه لا يتعدى ضرره الى ارض جاره وهذا كما اذا سقى ارض نفسه
فتعدى الى ارض جاره وكذلك لو ان رجلا اتخذ في داره تنورا يرى
انه يجاوز [illegible] داره وصار الى دار جاره فقتل رجلا او فرسا
فهو ضامن من قيمة ذلك ودية المقتول على عاقلته وكذلك الحداد
لو اخرج الحديدة من الكور ووضعها على السندان وضربها على العلاة
وضربه بمطرقة فخرج شررها الى طريق العامة فاحرق رجلا
او فقأ عينه فديته على عاقلته ولو احرق ثوبا فانه يضمنه
على الحداد في ماله ولو لم يطرقه بالمطرقة ولكن اخرجه ووضعه على العلاة
فاخرج الريح شرره فاصاب ما اصاب فهو هدر كذا في الواقعات

والحصائد جمع حصيدة وهي ما يحصد من الزرع والنبت وقال في كتاب
الشرب من الاصل رجل سقى ارضه سيلا من ماء فقر في ارض جاره
فغرقها او نزت لا ضمان عليه لانه غير متعد في التسبيب وكذلك
اذا احرق كلأ او حصائد في ارضه فذهبت النار فاحرقت شيئا لغيره
لم يضمن لا جرم ان كان يوم ريح فعلم انه لو هبت يميل الضرر الى
هنا لفظ الشامل قوله وقيل هذا اذا كانت الريح هادئة اي ساكنة
المنافع هذا الذي قاله محمد في الجامع الصغير من عدم الضمان باحراق
الحصائد اذا احرق شيئا في ارض اخرى فيما اذا كانت الريح ساكنة
ثم تغيرت احراق الحصائد اما اذا كانت مهبة حينئذ يضمن لانه يعلم
لا اذا احرقها مع علمه ان النار لا تستقر في مكانها مع هبوب الريح وقوله
هادئة من الهدوء وهو السكون والهدء جمعا اي ساكنة هدوا وهدأ وهدوانا
يقال هدأ يهدأ هدوءا وهدانة [illegible] ولا يكون
ناس بعدما دخلوا فالصلح والموادعة هدنة كذا في الفائق وفي حديث
النبي صلى الله عليه وسلم هدنة على دخن اي على فساد [illegible] على ادنى
في بعض [illegible] قول بعضهم [illegible]
وانا لا ارى [illegible] ان السباع لتهدأ في [illegible] بالناس
بها ذكرهم ابدا قوله فاذا اقعد الخياط والصباغ في حانوته
من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز اي [illegible] الجامع الصغير
وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في صائغ
او خياط اجلس في دكانه صانعا او رجلا يطرح عليه العمل بالنصف
فالجائز الى هنا لفظ الجامع الصغير وذلك ان هذه شركة التقبل
وهي جائزة عندنا على ما عرف في كتاب الشركة وليست باجارة قال فخر الاسلام
البزدوي في تفسيره انه عند بعضهم يجب ان يكون صاحب الدكان
رجلا معروفا له جاه عند الناس ولكنه غير حاذق بالعمل ويقعد في دكانه
رجلا غير معروف ولكنه حاذق يحصل يطرح عليه العمل الذي يأخذ
من الناس بالنصف [illegible] ان يكون صاحب الدكان حاذقا لكنه
غير معروف [illegible] فاقعد على دكانه رجلا معروفا
غير حاذق ليطرح هو الذي يقعد على صاحب الدكان بالنصف جاز
والا فلا [illegible] وذكر في كتاب الشركة انه القياس باطل لانه استأجره ليعمل الاعمال
بنصف ما يخرج من عمل العامل على النصف الثاني هو على النصف الاول
اجر الدكان ومن العامل ما قلنا وذكر محمد [illegible] الاستحسان [illegible]

عن تركه للقتال فالتضمين وذكر صحيح فكذلك هذا الا ان تفسير شركة
التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى العمل
من الناس لجاهه والاخر يتولى العمل لحذاقته فان الشرط عليهما
وليس من ضرورة ضمان العمل الحذاقة فاذا وجدنا سبيلا الى الحكم بجوازه
وهو معتاد متعارف محتاج اليه وجب القول بصحته كذا قال
فخر الاسلام وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر في القياس
انه لا يجوز لانه استاجر باجر مجهول وهو نصف ما يعمل واذا استاجره
باجر مجهول لم يجز الاجارة وانما جوزه استحسانا فهو جار العادة جرت
فيما بين الناس ويكره ولا يجوز لان عمل الناس من اقوى الحجج لان النبي صلى الله
عليه وسلم قال ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن **قوله** فهو لا يوجد فيه
اشاره الى الحياط او الصباغ **قوله** وهذا يجد امثله اشارة الى من شرط له
من يطرح عليه العمل **قوله** ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا
وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وهذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان شاهد الجمال المحمل فهو اجود اي اقرب الى الجواز
والتحرز والا فيه حسبه لنفع الجهالة وتجويزنا ساءنا استحسانا فكلا
ما دام لم يشاهد المحمل فانه يجوز استحسانا لا قياسا وفي بعض النسخ فهو
اجود من الجوده وعندنا انه يجوز حيث شاهد المحمل فهي ما في نفعي
كما في شرح الاقطع وذلك لان المقصود من كرا الجمل ركوب الراكب
والمحمل ليس بمقصود وانما هو تابع تسهيل الركوب في الشرع قال وكذلك
صحة العقد عند شاهده في شرح الدارمي فانه والطلاق الاجال
المحمل يختلف اختلافا فاحشا في الثقل والخفة فيلزم من ذلك
اختلاف المنفعة المعقود عليها فيمنع صحة العقد الا ان القول
بجواز كونه بالشرح في الاكاف والقلال لكان مطلق العقد ينصرف
الى المعتاد فيكون المراد من المحمل ما هو المعتاد في كل بلدة
لا غيرهم فاذا اتى بما يخالف العادة لا يكون لكن صحيحا بالعقد
والمحمل بفتح الميم الاولى وكسر الثانية او على العكس الهودج الكبير
الحجاجي كذا في المغرب **قوله** وكذا اذا لم ير الوطا والدثر
ذكره تفريعا على مسئلة القدوري يعني يجوز العقد استحسانا
اذا لم ير الجمال الوطا والدثر والوطا بالكسر خلاف الغطا والدثر جمع
الدثار وهو كل ما تدثر به الانسان فوق الشعار كذا في المحمل
ما لا بد للراكب منه في السفر اذا استاجر بعيرين الى مكة يحمل على احدهما

محملا

محملا فيه رجلان يركبانهما في الوطا والدثر فانهما لم يرا الوطا
وعلى الاخر زاملة عليه كذا مختوما من السويق وما يكفي من الماء
ولم يبين قدره وما يصلح من الخل والزيت والمعاليق ولم يبين قدره
ارسالا ان يحمل من مكة من هدايا مكة فحملا الناس فقوله شد
فنشاء الجمال المحمل جاز استحسانا لان السفر مما يجري به وكحمل
ذهبين من ماء واداوتين من اعظم ما يكون كذا في الاصل **قوله**
ومن استاجر بعيرا يحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في
الطريق جاز ان يزيد عوض ما اكل هذا لفظ القدوري في مختصره
وقال بعض اصحابنا ان يعني به يسد الكفاف في شرح الاقطع وذلك لانه يحمل
عليه حملا بوزن معلوم من الزاد فاذا انتقص كان له ان يرد بدله كالمتاع
اذا سرق منه **قوله** وكذا غير الزاد من المكيل والموزون
يعني اذا شرط ان يحمل قدرا معلوما من المكيل او الموزون من غير
الزاد فانتقص ذلك فله ان يزيد عوض ذلك **قوله** ورد الزاد
معتاد عند البعض كرد الماء هذا جواب سوال يقال من جهة الخصم
بان يقال مطلق العقد يحمل على العرف كنقد البلد والعادة انهم لا يكون
ولا يردون بدله ولا يشترون الماء ويردون بدله فيحمل العقد على
المتعارف فاجاب بقوله وقال لا نسلم ان العادة في الاكل الزاد كذلك
العادة منقسمة فقد يرده بعض الناس وقد لا يرد بعض الناس في العرف
المشترك لا يصلح مقيدا فلم يصح الرجوع الى العادة بل وجب العمل
بالاطلاق ويقول لما اطلقا العقد على حمل قدر معلوم حال فيه
معلومه ولم يتقيدا بعدم رد قدر ما سقط من المحمول فلما كان
الواجب حمل قدر معلوم باطلاق اللفظ وجب رد قدر الناقص عملا
بالاطلاق اذ لا مانع من العمل بالاطلاق وقال في كتاب الاجارات في
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اكترى من رجل
ابلا بعينها اعيانها الى مكة وكفل له رجل بالحملان فمات جائز وله ان
ياخذ ايهما شاء بالحملان ولم يذكرها صاحب الهداية في كتاب الاجارات
اعتمادا على ما ذكره في مسئلة القدوري في كتاب الكفالة لم يعد هنا ومعنى
استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل
قال فخر الاسلام وانما اراد بالحملان الحمل لا ضمان العمل وهو الحمل انما
يصح اذا كانت الابل بغير اعيانها لانه مضمون يمكن استيفاؤه من
الكفيل فاذا كانت باعيانها لم يمكن استيفاء حملها من غيرها فتبطل الكفالة

هذا إذا كفل بالحمل فإن كفل بنفس الإبل جازت الكفالة ويؤخذ به لأن تسليم
الإبل بحكم العقد صار مستحقا على المؤاجر في السلم مما تجري فيه النيابة به
فيصح الكفالة به بمنزلة الكفالة بنفس الرجل بخلاف الكفالة
بالحمل لأن الإبل إذا كانت بعينه لا يقدر على إيفاء الحمل وكذلك إذا
استأجر عبدا للخدمة فكفل رجل بخدمته لا يجوز وإن كفل بنفس
العبد جاز لما قلنا ذكر صاحب الهداية في مسألة رد العين المستأجرة
هنا إحالة على ما ذكره في كتاب العارية عن حمله المؤونة بقوله
وأجرة رد العين المستأجرة على المؤاجر وأجرة رد العين المغصوبة
على الغاصب قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في
الرجل يستأجر من الرجل الرحى فيحملها فتنقضي الإجارة قال على
المؤاجر أن يجيء فيأخذها وإن كانت عارية فعلى المستعير ردها
وهذا لأن الرد نقض القبض فيكون على من وقع له القبض ومنفعة
القبض في الإجارة تعود إلى المؤاجر لأن منفعة ملك العين هو الأجرة
رجعت إلى المؤاجر وإنما للمستأجر المنفعة والمنفعة ليست نفس العين فكانت منفعة المؤاجر
أكثر وفي باب الإعارة المنفعة تعود إلى المستعير فكان رده إليه وعليه
والبيان يعرف في العارية

كتاب المكاتب

ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب الإجارات كان اللائق فعلى هذا ذكر
الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب ولولا ذكره عقيب كتاب العتاق
لأن الكتابة مآلها العتق فكان الولاء حكما من أحكام العتق
ووجه ما فعله حيث أورد كتاب المكاتب بعد كتاب الإجارة
أن كل واحد من الإجارة والكتابة عقد يستفاد به المال بمقابلة
ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول
بطريق الأصالة وقولنا بمقابلة ما ليس بمال احتراز عن البيع والهبة
بشرط العوض وقولنا بطريق الأصالة احتراز عن النكاح والخلع
والعتاق على مال فإن العوض ليس بأصل في الطلاق والعتاق وكذا
في النكاح لأنه يصح بلا تسمية المال ثم الكتابة بعد وجود شرائطها
ليس بواجب ولكنه مستحب وهو مذهب أصحابنا ومالك وهو المشهور
عن الشافعي وروي عنه أنه واجب وهو مذهب داود وجه الدليل على
جوازها وثبوت مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله
تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا
والكتابة مصدر كالمكاتبة كالعتاق والمعاتبة ومعناه أن يقول المولى

لعبده

إذ كاتبتك بألف درهم

لعبده كاتبتك على ألف درهم فيقول العبد قبلت وإنما سمي العقد كتابة
لأنه يكتب فيه شيء الكتابة على العبد للمولى وعلى المولى للعبد وإنما
خص هذا الاسم بهذا العقد وإن كان يوجد في غيرهما معنى الكتابة لئلا يبطل
لفظ التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم لقرار المائع فيها ولا
يسمى الكوز ونحوه قارورة وإن كان يقر المائع فيه لئلا يبطل
الإعلام وأما السنة فهي أن بريرة كانت مكاتبة على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وكان يعرف ذلك ولا ينكره ويدل عليه ما روى البخاري في الصحيح قال
حدثنا قتيبة قال حدثنا الليث عن ابن شهاب عن عروة أن عائشة أخبرته
أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئا
قالت لها عائشة ارجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك
ويكون ولاؤك لي فعلت فذكرت بريرة ذلك لأهلها فأبوا وقالوا
إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون لنا ولاؤك فذكرت ذلك
لرسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ابتاعي فأعتقي فإنما الولاء
لمن أعتق قال ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال
أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب
الله فليس له وإن شرط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق وروى
الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في المجرد عن إبراهيم عن ابن سيرين
أنه كان يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وأما الإجماع فإن الأمة
مجمعون على جوازه في كل عصر من غير نكير ثم عامة العلماء على أنه
مندوب وقال بعضهم إنه واجب إذا علم خيرا في العبد استدلالا
بما قال البخاري في الصحيح قال روح عن ابن جريج قلت لعطاء
أواجب علي إذا علمت له مالا أن أكاتبه قال ما أراه إلا واجبا وقال
عمرو بن دينار قلت لعطاء أتأثره عن أحد قال لا ثم أخبرني أن موسى بن
أنس أخبره أن سيرين سأل أنسا المكاتبة وكان كثير المال
فأبى فانطلق إلى عمر فقال كاتبه فأبى فضربه بالدرة ويتلو عمر
فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا فكاتبه وقال في الكافي وعن عمر رضي الله
عنه أنه من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود
ولكنا نقول هذه الدلالة على الوجوب لأن الأمر محمول على وجه
الندب لأنه إرشاد والدليل قوله إن علمتم فيهم خيرا ولأنا أجمعنا على أن الكتابة
بالمال لأنه عقد معاوضة فلا يتصف بكونه واجبا كسائر
المعاوضات وإن كانت بالصفة فيه الرضا نزل العقود على الأكثر

بقوله تعالى إلا أن يكون تجارة عن تراض منكم ووجه عقد الكتابة
لا يتقدم الملك بالتراضي وذلك لا يجوز لأنه حجة علينا بالأنه إن الحر يجعل
عقد الإصلاح الدين ويحصل النفع للسيد وللعبد فلا يصح
احتج أحمد بقوله أو حال الذي هو بعض أصحابنا أن الأمر للإباحة وقوله
الفا الشرط المذكور للإباحة لأن الإباحة ثابتة بدون الشرط فلا حاجة
إلى التعليق ثم اعلم أن الكتابة لا تجوز قياسا لما فيها من إثبات
الدين للمولى على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولكن جوزت
استحسانا بدليل الكتاب والسنة وإجماع الأمة ثم قال بعضهم المراد من الخير
المذكور إقامة الصلوات الخمس وأداء الفرائض وقال بعضهم أن
لا يضر بالمسلمين بعد العتق فإن كان يضر فالأفضل أن لا يكاتبه ولكن
لو فعل صح وكذا حال الجواز ليس بموقوف على الشرط ثم قال إن علمتم فيهم
كتابه أداء أي يقدره على الأداء رواه كذلك محمد في الآثار عن أبي حنيفة عن حماد
عن إبراهيم رحمهم الله تعالى **قوله** وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه
عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا أي قال العبد قبلت [illegible]
إنما جواز الكتابة في الأصل [illegible] كونها مندوبة أي مباحة أو واجبة
تقدم بيانها وأما اشتراط قبول العبد فلأن المال لم يلزمه إلا أن
يخرج العبد عن ملكه فلا مال يلزم العبد وما كان لازما عليه فلا بد
من التزامه فيتوقف على قبوله **قوله** وإنما هو أمر ندب هو الصحيح
هذا احتراز عما قيل إن الأمر في قوله تعالى فكاتبوهم للوجوب أي
للإباحة ويظاهر فقال هذا **قوله** والمراد بالخير المذكور على ما قيل
أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق وإنما قيد بقوله على ما قيل إشارة
إلى أن فيه اختلافا وتقدم بيانه فقال هذا **قوله** ولا يعتق إلا بأداء
كل البدل [illegible] وقد احتج بعضهم أي على أن المكاتب
متى يعتق قال صدر الإسلام في شرح الكافي قال علي يعتق بقدر ما
أدى وقال عبد الله بن مسعود يعتق إذا أدى قدر قيمته والباقي دين عليه
وقال ابن عباس يعتق كما كوتب وأخذ الكتاب [illegible] المولى وقال زيد بن ثابت
لا يعتق ما لم يؤد جميع بدل الكتابة وقال ابن عمر وعائشة وأم سلمة
مثل قول زيد كذا في شرح الأقطع وقال في شرح الأقطع أيضا [illegible]
ابن عمر إذا أدى النصف عتق وقال شريح كما قال ابن مسعود [illegible]
أحمد [illegible] أبي حنيفة المكاتب [illegible] عبد الله [illegible] الآثار
وقال أبو حنيفة وهو [illegible] دليلنا ما روى محمد

في

في الأصل عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق
فهو رقيق وقوله وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه
درهم من كلام زيد بن ثابت على ما روى الحسن وعلل رواه عن أحمد
قبل هذا ولكن روى الشيخ أبو جعفر الطحاوي في شرح الآثار وقال
حدثنا ابن أبي داود قال حدثنا الخطاب بن يحيى قال حدثنا
إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته
درهم وحدث الطحاوي أيضا بإسناده عن علي بن شيبة عن يزيد بن
هارون عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن سعيد [illegible] عن
عمر بن الخطاب قال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وحدث الطحاوي
أيضا بإسناده إلى عمرو بن ميمون عن سليمان بن يسار قال
استأذنت على عائشة فعرفتني فقالت كم بقي عليك من كتابتك قلت عشر أواق
قالت ادخل فإنك عبد ما بقي عليك شيء وحدث الطحاوي أيضا
بإسناده إلى أبي بكر وهو [illegible] عن سعيد بن أبي سعيد المقبري
أن أم سلمة قالت المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء وحدث
الطحاوي أيضا عن يونس عن ابن وهب قال أخبرني أسامة بن
زيد ومالك عن نافع عن ابن عمر قال المكاتب عبد ما بقي عليه
من كتابته شيء وحدث الطحاوي أيضا بإسناده إلى مجاهد
قال كان زيد بن ثابت يقول المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من مكاتبته
وذكر الطحاوي في شرح الآثار سوى الآثار جوابا معنى قال ويجعل
ثم لا يكون الكتابة مثل العتاق على مال وتقرر أن المعتق
على مال يعتق بالقبول وفي المكاتب لا يعتق بنفس الكتابة وإنما
يعتق بأداء البدل [illegible] وهذا إجماع منهم [illegible] ليس بقوله
العتاق على مال والعتاق يدل على هذا الذي ذهبنا إليه لأن
البيع إذا صح ووقع لم يكن للمشتري على السلعة يد حتى يؤدي
جميع الثمن وإن أدى بعض الثمن لم يكن له أن يأخذ من السلعة بحصته
وكذا الرهن إذا صح لم يكن للراهن إذا أدى بعض الدين أن يأخذ
من الرهن بحصته حتى يؤدي جميع الدين وكذا في البيع إذا وجب
حق البائع على المشتري أن لا يلزمه تسليم السلعة إلا باستيفاء
جميع الثمن لأنه لو شاء التسليم بالعقد [illegible] أداء بعض الثمن

[illegible]

ولا كله وكذلك في المكاتب سواء وجبت بعقد الكتابة بتسليم الوصيفة إلى المكاتب
وخروجه من ملكه إلى المكاتب إنما يتطرق بأداء بعض الكتابة ولا كله
وحينئذ فسد لانه لا يتطرق لم يعتق إلا بأداء الكل والله أعلم قوله ويعتق
بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر ذكره تفريعا على مسئلة
القدوري قال الحاكم في مختصره المسمى بالكافي ويعتق بأدائه إن كان قال
إذا أديت إلي فأنت حر وإن لم يقل قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح
الكافي وهذا عندنا وعند الشافعي لا بد أن يقول ذلك حتى يعتق بالأداء
ولنا نقول موجب الكتابة صيرورة المكاتب حرا يدا ثم يصل إلى
المقصود الثاني عند الأداء فإذا أدى ثبت العتق بمقتضاه أي لم ينطق
لانه غرض العقد وهذا لان موجبات الأشياء تثبت من غير تنصيص
على الموجب كما في البيع إذا صح يثبت الملك بمقتضى موجبه وهو خروج
الملك من البائع إلى المشتري وإن لم يوجد التنصيص على الخروج وإن أصل أنه
أداه الفضة كأنه يشكل على ألف درهم على أن يؤدي إلى كل شهر كذا إلى
أنك إذا أديت فأنت حر وكذا إذا قال إذا أديت إلي ألف درهم كل شهر
منه كذا فأنت حر فإنه يكون كتابة لان معنى الكتابة ليس إلا الإعتاق على
مال منجم بنجوم معلومة ولكن إنما يكون إذا قبل الكتابة لانه عقد
معاوضة ولا بد من الإيجاب والقبول وكذلك إذا كاتبه على
ألف درهم ونجمه وسمى النجوم وقبل العبد فإنه يكون كتابة وإن
لم يعلق العتق بالأداء ولم يقل إن أديت إلي ألفا فأنت حر لانه
عقد معاوضة فيعتق بحكم المعاوضة لا بحكم الشرط وعلى قوله
إنما يعتق لا بد من التعليق بشرط الأداء ولو قال لعبده إن أديت
إلي ألفا فأنت حر وإذا أديت فأنت حر فأداه يعتق لان
العتق معلق بالأداء فيعتق عند وجوده قال الكرخي ولا يكون هذا كتابة وإن
كان يشبه الكتابة من وجه حتى إن العبد إذا جاء بالبدل فإنه يجبر
على قبوله أي يصير المولى قابضا له بالتخلية كما في الكتابة فإن لم
يقبل المولى استحلفا عندنا خلافا لزفر وبيان الفرق بين التعليق
وبين الكتابة من وجه فإنه إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالا
فالمال كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف الكتابة وكذا لو مات المولى
وفي يد العبد كسب كان العبد رقيقا يورث عنه مع أكسابه بخلاف الكتابة
ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة
إذا ولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حط عني حطة

محط

١٢٧

محط المولى عنه ما أدى فكأنه قال لا يعتق بخلاف الكتابة ولو أبرأ
المولى عن الألف العبد لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة
يعتق ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى لم يجبر على القبول
عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبوله فإن قبلها
عتق وكذلك لو رد إليه بخيار أو عيب فأما الإعتاق على مال فهو
خلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالأداء فإنه إذا قال لعبده
أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته ويكون
المال واجبا في ذمته لانه أعتقه بعوض فيعتق قبل وصول العوض
إلى صاحبه كما في البيع وكذا إذا قال لعبده أنت حر على خدمتي
وقبل فإنه يعتق كذا في التحفة وغيرها قوله ويستحب أن يحط
شيئا من البدل ذكره تفريعا على مسئلة القدوري قال شيخ الإسلام
حط شيء من بدل الكتابة ليس بواجب عندنا وعند الشافعي واجب
وقال وحمزه يجب الإيتاء بحط شيء من النجوم أو ببذل شيء وهذا
يدل على أن الحط واجب عنده إلا أنه لكنه لم يقدره بشيء وقال في
المختلف الخصم يحط ربع أو ثلث يلزمه ذلك عنده وعندنا لا يجب
شيء منه وقال في الكشاف وعن علي يحط له الربع وعن ابن عباس يرضخ
من كتابته شيئا وقال أبو إسحاق الزجاج في تفسيره ويروى عن عمر أنه
كاتب عبدا له يكنى أبا أمية وهو أول عبد كوتب في الإسلام فأتاه
بأول نجم فدفعه إليه عمر وقال له استعن به على مكاتبتك فقال
لو أخرته إلى آخر نجم فقال أخاف أن لا أدرك ذلك ثم قوله تعالى
وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم ولانه عقد معاوضة فلا يلزمه الحط كالبيع
ولانه لا معنى للإيجاب ثم الحط حتى يعقل ذلك صار كمن لزم على الأداء
ولانه دين فلا يجب على صاحب الحط كسائر الديون ولا حجة للخصم
في قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم لان مال الكتابة لا يطلق
عليه اسم مال الله لانه لا يطلق على أثمان البياعات وأجرة الإجارات
وإنما يطلق مال الله على أموال القرب كالصدقات والزكاة والعشر
وخمس الغنيمة فكأنه تعالى أمرنا بإعطاء المكاتبين من صدقاتنا
ليستعينوا بذلك على أداء الكتابة يدل عليه قوله تعالى وفي الرقاب
ويدل أيضا قوله تعالى وآتوهم لان الإيتاء هو الإعطاء لا يسمى حطا
وأيضا الحط إنما يكون فيما في الذمة ومال الله الذي أتانا في أيدينا

لأن ذمة المكاتب غلو يعلم ان المراد من الآية من مال الله مال الكتابة فيحمل
الاثبات حملا على الندب كما حمل الايجاب والسنة ذهب الطحاوي في مختصره
حيث قال الحط هو على الندب في الحط على الخير لا على الايجاب بقوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة
عن تراض منكم لانه ان الله تعالى نهى عن اكل مال الغير الا بتجارة عن
تراض فلم يوجد الرضا من المولى بحط شيء من بدل الكتابة فلا يحل للعبد
اكل ذلك بغير رضا المولى لان ما حط من العقد بدل العبد وهو ملك
المولى الا اذا رضي المولى بذلك فلا اي فلا يكلف بحط شيء كذا ذكره قال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي في زجاجة المكاتب فيه
المصري بقوله تعالى ويعطى المال بعد ادائه الكتابة من حق للمولى ان
يأخذ ذلك منه بخلاف المكاتب ويحل له بناء على تقدير التحرير لان
كان المولى غنيا لان الغني يحل له حكمها لانه حلال له الاستبدال واركان
الغني عبده ولحمها الا يرى انه لا يتصدق على بريرة وكانت تهدي
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هو لها صدقة ولنا هدية وكان
يأكل منه وكذلك الفقراء اذا مات وترك مالا اجمع من الصدقات فوارثه
غني يحل له تناوله قوله ويجوز ان يشترط الحال الا ان يكون مؤجلا
ومنجما اي يجوز العقد وقال في مختصره وقال الشافعي لا يجوز الكتابة
لا يكون الكتابة الحالة ولا بد عنده من نجمين فصاعدا كذا في
شرحه والاحلال اشار الى على [illegible] وعندنا لا يكون السلم حالا
وعنده يكون حالا [illegible] بان هذا عقد لا يفيد مقصوده وكل عقد
لا يفيد مقصوده لا ينعقد كالنكاح الذي لا يفيد حل الوطء وهذا
لان المقصود من الكتابة هو العتق واذا كان حالا لا يفيد العتق
لانه عاجز عن اداء بدل الكتابة في الحال لحكم الرق [illegible]
على انه لا بواسطة [illegible] يتمكن من الكسب فيعتق فاذا كان عاجزا عن الاداء
في الحال يفسخ المولى الكتابة بحكم العجز فلا يكون العقد مفيدا كالسلم
السلم الحال عنده فانه يكون عنده لان [illegible] بل السلم هو [illegible]
لكونه مالكا للاشياء والعبد لا يملك شيئا فكان عاجزا [illegible]
اذا كان مؤجلا حتى يكون قادرا بواسطة الكسب ولان العجز اذا طرأ
على الكتابة يرفعها فاذا قارنها منعها لان المنع اسهل من الرفع
ولنا قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وقوله صلى الله عليه وسلم
من كاتب عبده على مائة اوقية فاداها الا عشرة اواق فهو رقيق

ويكوله

ولكونه من الاداء بسائر ان النصوص المقتضية لجواز الكتابة
لم يشترط الاجل ولا تجب نصا [illegible] فكان اشتراطه زيادة فلا يثبت ولانه
عقد معاوضة فلا يشترط القدرة الحقيقية على البدل وهو القدرة
كما في سائر العقود وعليه اجماع الامة الا ترى ان المفلس الذي
لا يملك درهما اذا اشترى عبدا بالف درهم جاز ولا يتوهم القدرة
على تسليم الالف والقدرة الموهومة ثابتة للمكاتب على اداء
بدل الكتابة فانه يمكنه ان يستقرض بدل الكتابة ويؤديه او
يتوهبه او يلتمس الصدقة فيأخذها فيؤدي فكان قادرا
على اداء البدل فعلم ان العقد افاد فائدة وقوله انه عاجز
عن الاداء في الحال جوابه ان المولى يرفق به ويمهله ظاهرا فلا
يتحقق العجز عن الاداء مع امهاله وقوله العجز يرفع الكتابة قلنا
ليس كذلك عندنا انما يفسخ العقد بفسخ القاضي او بالتراضي على ذلك
ولم يوجد التراضي م
والقاضي لا يفسخها اذا علم ان له فائدة في بقائها بان يقدر على
الاداء وههنا يتحقق لعلمه بذلك فلا يفسخها وهذا بخلاف السلم الحال
عندنا فانه لا يجوز لان المسلم فيه مبيع والعجز عن تسليم المبيع مانع
لصحة العقد فاما في السلم حالا لان المسلم اليه عاجز عن التسليم
حالا لانه عقد مفاليس فكان القدرة الحقيقية على الاداء شرطا
فلهذا اشترط التأجيل في الكتابة الحالة مثل ان كاتبه على
الف درهم وبه صرح الولوالجي [illegible] والمؤجلة مثل ان كاتبه
على الف درهم الى سنة والكتابة المنجمة مثل ان يقول كاتبتك على
الى سنة م
الف درهم تؤدي كل شهر من النجم كذا فكل ذلك جائز لان بدل الكتابة
في حكم الثمن والثمن يثبت في الذمة حالا ومنجما فكذا بدل الكتابة قوله
وان ادى الكل امتنع من الاداء رد في الرق يعني ان تعهدا الكتابة
بلا اجل يطالب المولى العبد بها فان ادى عتق وان امتنع عن
الاداء رد في الرق لان شرط الفسخ قد وجد وهو فوات شرط العقد
لفوات ما هو المقصود بالعقد ولكن لا يرد في الرق الا بالتراضي او
بقضاء القاضي والدليل على هذا ما ذكره صدر الاسلام في شرح الكافي
واذا صحت الكتابة الحالة يطالب المولى المكاتب ببدل الكتابة
في الحال فان ادى عتق والا رد في الرق اذا رضي به او يرفع الامر
الى القاضي حتى يرده ولا تنفسخ الكتابة الا بالقضاء او بالرضا الى هنا لفظ
صدر الاسلام وان قال الخوارزمي [illegible]

يومين او ثلاثة لان الايفاء في مثل هذه المدة تعجيل دين ما يأمر
كما يقولون اذا ما ابيع عبدي هذا فاقض حقه لا يحبسه القاضي
الى وجله يومين او ثلاثة يحكى هنا كذا ذكر الولوالجي في فتاواه
قوله تعالى ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء
اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي لا تصح كتابة العبد الصغير
وهذه المسئلة تفرع على الاختلاف في جواز الاذن للصبي في التجارة
فعنده لا يجوز ذلك خلافا له لانه ليس من اهل التصرف ولا يصح
الاذن له ولنا ان الصبي من اهل التصرف اذا كان يعقل البيع
والشراء ونقصان عقله ينجبر باذن المولى فيصح الاذن لانه تصرف
نافع قال الحاكم الشهيد في باب مكاتبة الصغير من مختصر الكافي
واذا كاتب الرجل عبدا له صغيرا لا يعقل لم تجز وان كان يعقل
جاز ويكون كالعبد الكبير في جميع احكامه فان كان لا يعقل
ولا يتكلم فكاتبه ثم ادى عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق لانه لو اذى
اجزت هذا لاجزت لو كاتب رجل ما في بطن جاريته ثم ادى رجل بعد
ذلك فاذا ادى عنه لم يعتق فليس هذا بشيء ويرد المال الى صاحبه الى هنا
لفظ الحاكم وذلك لان الجواز يعتمد القبول والذي لا يعقل ليس من اهل
القبول والذي يعقل من اهل القبول فيكون كالعبد الكبير في
جميع احكامه وقوله اجزت هذا لاجزت لو كاتب رجل ما في بطن
جاريته اشارة الى ان اداء الاجنبي لا يصح اذا ابتني على القبول ولم
يوجد القبول لان الصبي لا من نابه وانما يرد المال الى صاحبه لانه
اداه لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود لانه اداه بسبب باطل لم
يصح اداؤه وقال في شرح الطحاوي وان كان لا يعقله يجوز الاداء
فقبل عنه انسان فانه يكون موقوفا على ادراكه فان ادى فهو باطل
عتق فالقياس ان لا يكون له استرداده وهو قول زفر رحمه
الله استحسانا ليس له ذلك قوله ومن قال لعبده جعلت عليك الفا
تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخر النجم كذا فاذا اديتها
فانت حر فان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة وهذه
من مسائل الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل قال لعبده جعلت عليك الف درهم نجوما اولها كذا واخرها
كذا كل نجم كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق قال
هذه مكاتبة قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير

129 وهذا استحسان والقياس ان لا يكون مكاتبة لان ذكر النجوم تفصيل
في الكتابة فيحتمل وجود ذكرها كعدمها ووجه الاستحسان ان العبرة
في العقود للمعاني الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط
مطالبة الاصيل كفالة والمضاربة بشرط الربح كله لرب المال
بضاعة وبشرطه للمضارب قراض وقد وجدنا هنا معنى الكتابة
لان معنى الكتابة المشروعة على سبيل السنة والعادة والذي عليه
الاجماع ما قلنا وعند الاطلاق يصح تعميلا لتفسير اولى فان قلت
قد ذكر قبل هذا ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر
فكيف قيدها بقوله فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت
رقيق فلم ذكر ذلك قلت اذا ثبت عقد الكتابة بصريحها فجميع
ثبت الحكم بلا تصريح لان من حياله (?) لا تثبت عقد المكاتبة
السبب بلا تصريح وهنا كلامنا في انعقاد الكتابة ولم يوجد
صريح على ذلك فلم يكن بد من ذكر ما يؤدي معنى الكتابة وذكر
لمجموع ما فيه الكتابة قوله ولو قال اذا اديت الي الفا
كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان ذكرها
تفريعا على مسئلة القدوري في الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد
في مختصره المسمى بالكافي واذا قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت
حر وقبل فهو مكاتبة ولا يستطيع ان يبيعها وان كسرت شهرا
واحدا ثم اديت اليه ذكر الشهر كان جائزا ولو قال لها اذا اديت الي الفا
في هذا الشهر فانت حرة فلم تؤد في ذلك الشهر وادته في غيره لم تعتق
قال ابو الفضل هكذا في رواية ابي سليمان فان المشان (?) ذكر في
كتاب ابي يوسف وفي حرب (?) رواية ابي حفص وهشام خلاف ذلك
في السابق وفي الجواب قال ولو قال لها اذا اديت الي الفا كل شهر
مائة فانت حرة وقبلت ذكر فليس هذا بمكاتبة وله ان يبيعها
فان لم تؤد وان كسرت شهرا واحدا وادت اليه في غير ذلك الشهر
لم تعتق الا ترى انه لو قال لها اذا اديت الي الفا في هذا الشهر
فانت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وادتها في غيره لم تعتق الى هنا
لفظ ابي الفضل الحاكم الشهيد البزدوي (?) في باب العتق على مال اراد
باحدى الروايتين قوله ليس له ان يبيعها وبالاخرى قوله فان كسرت
شهرا واحدا ثم ادت اليه وقد صرح شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وجه رواية ابي سليمان انه اتى بمعنى الكتابة وهو
الاداء منجما فان لم يات بلفظ الكتابة والعبرة في العقود للمعاني

الا ترى ان الهبة شرط القبض فيه والكفالة لم يشترط فيها الاصيل
حوالة والحوالة شرط مواخذة الاصيل كفالة وهذا اذا كان الاستصناع
وضرب الاجل يكون سلما وفي رواية ابي حفص انه تعلق بالصورة
فلا يعتبر الا الضرورة ولا ضرورة وانما قلنا انه تعليق لانه علق
العتق باداء الالف عشرة اشهر حسنا كل شهر مائة درهم
عليه فقال ان اديت الى الفا في عشرة اشهر فانت حر لا يكون
كتابة فكذا هذا غايته ما في الباب ان فيه تنجيما والتنجيم لا يدل
على الكتابة لانه ليس من خواص الكتابة لان الديون قد تجب منجمة
وبعد حالة فلا يكون اثباتا لمعنى الكتابة بخلاف الكفالة انه شرط
براءة الاصيل لانه اتى بمعنى الحوالة وبخلاف الاستصناع اذا ضرب
فيه الاجل لان الاجل من خصائص السلم بالحديث فان ذكرت شهرا
واحدا ثم اديت اليه في ذلك الشهر كان حرا وهذا على رواية ابي حفص اداه
لانه جعلها مكاتبة والكتابة تنجيما واحدا ثم اذا ادى الالف الكل
الشهر بعد ذلك يعتق فاما على رواية ابي حفص لا يعتق لانه
تعليق صورة ومعنى فيه صورة الشرط وقد فقد فلا يعتق فالوا من يترجح
الكافي ان رواية ابي حفص هي الاصح وقال الحاكم الشهيد في الكافي انها
واذا قال متى اديت الى الفا فانت حر فمات المولى بطل هذا
القول فان كان قال واذا اديت الى الفا بعد موتي فانت حر فهو
وصية الى هنا لفظ الحاكم وانما بطل بموت المولى لانه يمين فيبطل بموت
الحالف كسائر الايمان وانما كان وصية في المسألة الثانية لانه اضاف العتق
الى ما بعد الموت وهو لا يملك الاعتاق بعد الموت لكن يملك الايصاء
به فيصير ايصاء اعتاقا بالعتق بعد الموت بهذا الكلام فيعتقها الوصي بعد
موته ابو حفص الكبير احمد بن حفص البخاري وابو سليمان موسى
بن سليمان الجوزجاني كلاهما صاحبا محمد بن الحسن الشيباني وقد
روينا عنه الكتب والامالي ولد ابو حفص سنة خمس ... وتوفي
سنة سبع عشرة ومائتين قوله اعتبارا بالتعليق فالا ... في
اداء ان اذا اديت الي الفا في هذا الشهر فانت حر وكذا لا يكون مكاتبا
هكذا اذا قال كل شهر مائة قوله فان ادى صحت الكتابة خرج
المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اي ... العدو ... في
التصرف ... فيه يجوز له البيع والشرا اما خروجه
عن يد المولى فيتحقق معنى الكتابة وهو الجمع ... الضم
... الكتب البغلة اذا جمع ... بحلقة ...

عصد

ومعنى الكتابة معنى الضم لانه يحصل مالكية اليد في الحال
هذه اي مالكية اليد الى مالكية نفس العبد له الا ترى ان مولاه لا يملك نفسه
وان كان يملك رقبته فلهذا لا يملك المولى اتلاف نفسه بازهاق روحه
حتى لو قتله يأثم وان كان لا يلزمه القصاص لشبهة ملك الرقبة
ولان المقصود من الكتابة الوصول الى العتق باداء البدل
ولا يمكن اداء البدل الا بكونه اخص بمكاسبه فاذا كان اخص
بمكاسبه خرج من يد المولى لا محالة ولا يجوز للمولى اخذ شيء من كسبه
بغير رضاه حتى يتوصل الى اداء البدل فاما جواز بيعه وشراؤه فلتحقيق
المعنى لانه يتوصل بذلك الى اداء مال الكتابة واما عدم خروجه
من ملك المولى فلما روينا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته
درهم ولانه نوع من قبل اليد فثبت ملكا للرقبة لان الترقي في الصبي
ولا يحصل لهما ملك الرقبة فلا بد لهما في العوض من ملك الرقبة
ويملك اليد حتى يتيقنا الموسوم بالتوسع فضل الرق واما
جواز التصرف فهو مذهبنا وعندنا ما يعني لا يجوز له ان يخرج
لكنه لا يخرج الا بمطلوب الغرض ... لقصد به الكتاب ... مجاز
فالمكاتب فعليه وان لم يأذن له مولاه كالشراء والبيع ولان الكتابة
معنى يوجب زوال يد غيره عنه مستفاد به السفر كالعتق ولا
يقال ان السفر فيه غرر وخطر لما فيه عرضة للتوى و
السلطة لا يجوز له ذلك كالاقراض والهبة لانا نقول ما كان الغالب
فيه السلامة لا يمنع منه باحتمال الهلاك كالبياعات والاجارة
مشكور ذلك لكون الغالب السلامة ولا يسبب لا بان السفر
الى التفريط وان كان فيه غرر لكنه الى التفريط وانما لا يملك
المكاتب القرض والهبة لانه تبرع وهو لا يملك التبرع قوله
ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة هذا دليل ثاني على عدم
الخروج من ملك المولى بيانه ان عقد الكتابة عقد معاوضة
والمعاوضة تقتضي المساواة من الجانبين فيما يثبت لاحدهما
يثبت للآخر ولم يثبت للعبد بهذا العقد المالكية من كل وجه حيث
لم يملك رقبته قبل اداء بدل الكتابة بل ثبت له نوع مالكية وهي مالكية
اليد فكذا لا يثبت للمولى في العبد حق من كل وجه حتى لا يملك المولى
اكسابه بلا رضاه بل يثبت له حق من وجه وهو مالكية الرقبة فيكون

للمولى مالكية الرقبة وللمكاتب مالكية اليد فيحصل التساوي قوله
ويستدعي ذلك أي التساوي والتفريع على تأويل التساوي قوله فيثبت له نوع مالكية
أي يثبت للعبد مالكية اليد قوله ويثبت له في الذمة حق من وجه
أي يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق من وجه وهو ملك الرقبة
ويستدعي(?) ملك اليد قوله فإن أعتقه عتق بعتقه ذكره تفريعا
على مسألة القدوري وذلك لأن الإعتاق إزالة ملك متجزئ فيفضي
زوال كله إلى العتق وملك الرقبة ثابت للمولى في المكاتب فكان
له أن يزيله بالإعتاق فإذا أعتقه سقط بدل الكتابة لأن المقصود
وهو العتق حصل بدون الأداء فإن أعتق المكاتب عن كفارة يمينه
جاز عندنا خلافا للشافعي وعلى مسألة كتاب الأيمان ويذكر من بيانها(?)
في فصل كفارة الظهار قوله قال وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه
العقر أي قال القدوري في مختصره وإنما يجب على المولى العقر
بوطئ مكاتبته لأنها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى فصارت
أخص بنفسها منه حتى يتوسل إلى المقصود بالكتابة وذا المقصود
منها للمولى الوصول إلى بدل الكتابة وللعبد الوصول إلى الحرية
بأداء البدل وهذا المقصود لا يحصل للمكاتب إلا إذا كان المكاتب
أخص بنفسه وبمنافع نفسه فلو لم يكن أخص بذلك من المولى لأتلف
المولى منافعه فلا يحصل المقصود حينئذ فإذا كان كذلك كان
العقر واجبا على المولى لأن العقر بدل جزء من نفسها وهي
أخص بها قوله
بناء عليه أي على البدل بعقد الكتابة سابق(?)
على أداء بدل الكتابة به قوله وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته
الجناية هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه وإن أتلف
مالا لها غرمه وذلك لأنها بالكتابة خرجت من يد المولى فصارت أخص
بنفسها وبأكسابها والولد من أكسابها أيضا فلزم المولى جنايته عليها
وعلى ولدها وعلى مالها ضمانها للمولى كالأجنبي في ذلك وهذا كما يلزم
المولى أرش الجناية على العبد المرهون لما في شرح الأقطع قال
أبو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات من مختصره وإذا جنى العبد(?)
على مولاه أو على مولاه(?) أو مما عنده فهو هدر كله وكذلك إن
جنى المولى عليه فجنايته هدر لأنه لا يلزم المولى شيء لأنه عبده وكذلك
أم الولد جنايتها على المولى وجناية المولى عليها هدر لأنها
مملوكة له وما جنى عليها فأرش ذلك للمولى وأما المكاتب فجناية المولى

عليه

١٣١

عليه يلزم المولى وجناية المكاتب على سيده يلزم المكاتب
وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب أو ماله يلزم كل واحد منهما
ما جنى على صاحبه في نفسه أو ماله إلى هنا لفظ الكرخي وقال
شمس الأئمة السرخسي في كفايته جناية المولى على مكاتبه عمدا
لا يوجب القود لأجل الشبهة ولو قتل المكاتب مولاه عمدا يجب القود
كما يجري(?) قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لأنها صارت أخص بأجزائها

فصل في الكتابة الفاسدة

ذكر الكتابة الفاسدة بعد
الكتابة الصحيحة لأن الفاسدة متضمنة(?) الوصف فكان الفاسد
أحط مرتبة من الصحيح فناسب التأخير قوله وإذا كاتب المسلم
عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة هذا لفظ القدوري
في مختصره وكذا إذا كان المولى ذميا والعبد مسلما لا يجوز كتابته
على خمر أو خنزير أما إذا كان المولى والعبد كافرين يجوز الكتابة
على خمر أو خنزير لأن الخمر والخنزير مال في حق الكفار ... أهلا(?)
قال الحاكم الشهيد في الكافي ... بالكتابة أهل الكفر ... ابتاع
عبدا مسلما فكاتبه ... على خمر لم تجز
فإن أدى الخمر عتق وعليه قيمته وكذلك إن كان المولى هو
المسلم ثم قال ذمي كاتب عبدا له على خمر فهو جائز ... أسلم أحد
فالكتابة جائزة وعليه قيمة الخمر وإن كاتبه على ميتة أو دم لم تجز
لأن الخمر مال وهذا ليس بمال فإن أدى ما كاتبه عليه لم يعتق
إلا أن يكون المولى قال له في المكاتبة إذا أديت إلي فأنت حر
ثم أداه وقبله السيد فيعتق بقوله أنت حر لا بالأداء ولا
يرجع عليه السيد إلى هنا لفظ الحاكم في الكافي ثم نرجع
إلى ما قال القدوري فنقول أما فساد الكتابة على خمر أو خنزير
فلأن المسلم منهي عن تمليك الخمر والخنزير وتملكهما رحمه الله تعالى(?)
فكان التسمية باطلا فإذا بطل البدل فسد العقد لأن ما ليس بمتقوم
لا يصلح بدلا عما هو متقوم كما في البيع وأما فساد الكتابة على
قيمة العبد فلأن القيمة مجهولة جهالة فاحشة من حيث القدر
والجنس والوصف أما من حيث القدر فلأنه لا يعلم أنه كم يكون دراهم
ويقال أو لا يعلم ذلك وأما من حيث الجنس فمن حيث أنه يحتمل
أن يقوم بالذهب أو الفضة ولا يتميز أحدهما من الآخر بمجرد ذكر
القيمة فكان الجنس مجهولا وأما من حيث الوصف فلأنه يحتمل الجيد

دون الأصلح(?)

ولا الردي والوسط فكان الوصف مجهولا ايضا فاذا كانت القيمة
مجهولة كان البدل مجهولا وجهالة البدل توجب فساد العقد كما في
البيع فان ادى القيمة عتق لان الكتابة الفاسدة ملحقة بالكتابة
الصحيحة عند اتصال القبض بها في حق افادة الحكم وهو العتق
وان كاتبه على ثوب لم يجنسه لم يجز وان ادى الثوب لم يعتق
كذا ذكره الحاكم في الكافي وذلك لان الجهالة في القيمة مستدركة بالرجوع
الى المقومين فجاز ان ينعقد الكتابة بها واما تفاوت اجناس
الثياب فتفاحش ولا يرد على ما قلنا اذا كاتبه على عبد حيث يصح
الكتابة ويحكم عليه بعبد وسط لانا نقول العبد معلوم
بوصفه مجهول وجهالة الصفة لا تمنع صحة العقد ويحمل
ذلك على عبد وسط فاذا كاتبه على حيوان غير موصوف وكذلك
اذا كاتبه على دار لا يجوز كما في الثوب ثم الفرق بين الكتابة الجائزة
والفاسدة ان الفاسدة يرده المولى الى الرق ويفسخ الكتابة بغير
رضاه وفي الجائزة لا يفسخ الا برضا العبد وللعبد ان يفسخ في
الجائزة والفاسد جميعا بغير رضا المولى كذا في شرح الطحاوي
قوله قال فان ادى الخمر عتق اي قال القدوري في مختصره رحمه
الله ويلزمه ان يسعى في قيمته وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية
عن اصحابنا وعليه نص الحاكم في الكافي وقال الفقيه ابو الليث في
كتاب العيون رجل كاتب عبدا على خمر فالكتابة فاسدة فان
ادى القيمة عتق وان ادى الخمر لا يعتق وهذا قول زفر وقال
ابو يوسف اذا ادى عتق وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يعتق
باداء الخمر الا ان يقول ان اديت فانت حر فانه يعتق وعليه
قيمة نفسه قال الفقيه هذا كله خلاف رواية المبسوط قال
في رواية المبسوط لا يعتق باداء القيمة ويعتق باداء الخمر
وان لم يقل المولى اذا اديت الي فانت حر فعليه قيمته الى هنا
لفظ العيون ثم زفر اعتبر القيمة فحسب لان القيمة هو البدل
في العقود الفاسدة كما في البيع الفاسد فاذا ادى القيمة عتق والا فلا
العين وابو يوسف قال ان كل واحد من الخمر والقيمة بدل الخمر باعتبار
الصورة والقيمة باعتبار المعنى فيعتق اذا ادى ايهما كان ووجه
ما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يعتق باداء عين الخمر الا ان قال
اذا اديت الي فانت حر ان الكتابة فيها معنى اليمين باعتبار

ال

ان العتق معلق بالاداء وفيها معنى العقود لانها تبطل بالموت
ولو كانت يمينا لم تبطل بالموت فاذا نظرنا الى معنى العقد باعتبار فساد
البدل نفي معنى اليمين فيها فوجب اعتبار الصورة بالشرط
فاذا وجد صريح الشرط عتق باداء الخمر والا فلا ووجه ما ذكر
في الاصل ان قوله كاتبتك على كذا يقتضي اداء ذلك من طريق
الحكم فكانه شرط ذلك صريحا فاذا وجد اداء ذلك الشيء الذي كاتب
عليه وهو الخمر فيما نحن فيه عتق لانه صار كانه ذكر الشرط
صريحا ثم اذا عتق باداء الخمر وجب قيمته لان العقد الفاسد
اذا اتلف المعقود عليه وجب فيه القيمة كالمبيع اذا تلف في البيع
الفاسد في يد المشتري وقد ذكر في الاصل ان كاتبه على ميتة
او دم لم يجز فان ادى الميتة او الدم لا يعتق الا اذا صرح بالشرط
فقال اذا اديت الميتة او الدم فانت حر فحينئذ يعتق لاجل اليمين
لا لاجل الكتابة ولا يلزمه شيء لان العتق حصل بفضله لا بعلو
لا بقضية المعاوضة والفرق بين الخمر وبين الميتة والدم على
رواية الاصل ان الميتة والدم لا يجدها احد فلم يتضمن ذكرهما
معنى العوض فاعتبر معنى الشرط فاذا لم يوجد الشرط لا يعتق
اذا ادى الميتة او الدم لانهما لا يصلحان عوضا لعدم المالية لكن
لكن الخمر والخنزير فان كلا منهما مال في الجملة وان لم يكن متقوما
في حق المسلم فاذا كان مالا في الجملة كان العقد واقعا على بدل
فوجد ذكر العتق عند اداء البدل فيعتق باداءه كحقيقة ان البيع
لو وقع بخمر فقبض المشتري المبيع باذن البائع ملكه بالقيمة
ولو وقع البيع بالميتة او الدم فقبض المبيع لم يملكه لانهما ليسا
بمال اصلا فكان العقد بلا بدل فلا ينعقد الكتابة **قوله**
فلا ينقص عن المسمى ويزاد عليه اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان العقد فاسد فيجب فيه قيمته كما في العقود الفاسدة فتعتبر
القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد لكن لا ينقص عن المسمى
لان المولى ما رضي باقل من المسمى فلا يجوز ان يحكم بالنقصان
عن المسمى والعبد رضي بالزيادة على المسمى فلهذا زاد
ابو احدهما هو القيمة والقيمة اذا كانت زائدة لم يرض
العبد بالزيادة يكون العقد منفسخا وتبقى القيمة الى
الرق الى اخر عمره فلهذا قلنا انه يحكم رضي بالزيادة استدلالا
الحرية

فيجب عليه فضل القيمة على المسمى قال المختلف اذا كاتب عبده
على الف على خدمته ابدا فسدت الكتابة لانه شرط يخالف قضية
العقد فان ادى الالف عتق بحكم الشرط فان كان الالف اقل من
قيمته يأخذ المولى قيمته تمام القيمة بالاجماع لان المقبوض بحكم
العقد الفاسد مضمون بالقيمة وان كان اكثر من قيمته لم يسترد
المكاتب الفضل عند زفر وعندنا لا يسترد له ان العقد الفاسد
لو جب ضمان القيمة لا الاكثر كما في البيع الفاسد ولنا ان العتق حصل
هنا بحكم الشرط وهو اداء الالف فلو استرد شيئا بطل بعض
الشرط فلا يعتق بخلاف البيع لان معنى الشرط فيه غير مراعى
والحاصل ان في البيع يعتبر العقد ولا يعتبر الشرط والعقد لا يوجب
اكثر من القيمة وفي الكتابة يعتبر معنى العقد والشرط جميعا فكان
هذا شرط العقد للعتق فلا يسترد كذا في المختصر قوله ومنها اذا
كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة هذا متصل بما ذكر اولا وهو اذا كاتب
المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة فان ادى
الخمر عتق ثم احتاج بعدما ذكر ذلك الى ان يذكر حكم اداء القيمة
فيما اذا كاتبه على قيمته فقال يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وقد
امكن اعتبار معنى العقد اي معنى المعاوضة لان القيمة تصلح عوضا
والجهالة في القيمة في فساد العقد لا في ابطال العقد فاذا ادى
القيمة عتق لان الكتابة الفاسدة ملحقة بالكتابة الصحيحة عند
اتصال القبض في اثارة الحكم وهو العتق وعما اذا كاتبه على
ثوب فادى ثوبا لا يعتق لتفاحش الجهالة وههنا يعتق باداء
القيمة وان كانت القيمة مجهولة في الاصل لان الجهالة في القيمة يسيرة
وعرف بيانه كما تقدم قال الامام ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه
ولو كاتبه على قيمته لم يجز فان اداها عتق اما عدم الجواز فلانه لا يصلح
بدلا في باب الكتابة بطريق الاولى واما العتق عند الاداء فلان
في الكتابة معنيين معاوضة وتعليقا فان تعذر اعتبارهما
يعتق اما المعاوضة فلان القيمة تصلح عوضا لان العقد فاسد
واما التعليق فلان العتق يتعلق باداء القيمة وقد وجد ولو كاتبه
على ثوب لم يجز لان ما سمي لا يصلح مهرا في باب النكاح فلا
يصلح بدلا في الكتابة فان ادى لم يعتق لان المسمى لا يصلح عوضا في
المعاوضات بحال فلا يتعلق العتق باداءه لان العتق يتعلق باداء العوض
كما في التسمية وهذا لا يصلح مهرا في باب النكاح

بخلاف

بخلاف القيمة لانه يصلح عوضا في المعاوضات لانها معلومة الجنس و
تصير معلومة القدر اذا ادى اقصى قيمته وهي ملفوظة فيتعلق
العتق باداءها كذا في فتاوى الولوالجي ثم قالوا العبرة في القيمة ما يتصادقان
عليه لان الحق لهما فلا يعدوهما وكذا اذا تقوم المقومان فان اختلف
المقومون في القيمة يعتبر اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت بالشك
قوله قال ولو كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز اي قال
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يكاتب عبده على قيمته قال الكتابة فاسدة وكذلك لو كاتبه على شيء بعينه
لغيره لم يجز الكتابة الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الحاكم
الشهيد في الكافي فان كاتبه على عبد بعينه لرجل لم يجز وكذلك كل
ما عينه من مال غيره من عرض او مكيل او موزون فان قال كاتبتك
على الف فلان هذه جازت المكاتبة لانها تقع على مثلها فان ادت
غيرها عتقت وكذلك لو قال كاتبتني على الف درهم على ان اعطيها
من مال فلان الى هنا لفظ الحاكم وهذا ظاهر الرواية ولم يتعرض
للاجازة كما ترى وقال القدوري في كتاب التقريب روى ابن سماعة
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انها لا تجوز وان اجاز اي صاحب العبد وقال
ابو يوسف الكتابة جائزة وقال محمد ان اجاز صاحب العبد جازت
وان لا بطلت الى هنا لفظ كتاب التقريب يعني ان الكتابة جائزة عند
ابي يوسف من غير اجازة وجه قول ابي حنيفة في عدم الجواز اذا لم
يجز صاحب العبد ظاهر لانه كاتبه على مال لا يقدر على تسليمه لان
المولى لم يرض بخروجه من اليد للعقد الا من غير بدل يلزمه
في الحال اما اذا اجاز صاحب العبد ففيه روايتان قال العتابي في شرح
الجامع الصغير فلو ان العبد اشترى ذلك العبد او وهب له فادى او
اجاز صاحب العبد تسليمه في رواية الحسن يعتق وفي ظاهر الرواية
لا يعتق لان الكتابة وقعت باطلة والباطل لا حكم له الا اذا ذكر التعليق
بان قال كاتبتك على عبد فلان على انك ان اديته الي فانت حر فحينئذ يعتق
بحكم التعليق اذا اداه بناء ان لا اجازة اذا لحقت العقد فكذلك
المكاتب ثم ملكه اول ... على قول من يصحح الكتابة عند الاجازة كانه كاتبه على
عبد نفسه وهذا لا يجوز لان الكتابة على مال المولى لا يجوز كما لو
اذا اشترى عبدا فكاتبه المولى عليه وليس كذلك اذا باع داره بملك
الغير فاجاز المالك لان العين يملكها المشتري وهو حر فيجوز
ان يملكها البائع من جهته وفي مسئلتنا يستحقها وهو مكاتب

فلا يملكها وانما تكون على حكم ملك المولى فيصير كمن كاتب على نفس غيره
وجه رواية الجواز انها كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم الا ترى
انه لو كان مثل هذا في البيع جاز البيع فان من باع ماله من انسان
بعبد غيره اذا اجاز صاحب العبد البيع جاز البيع فالكتابة بعبد
الغير اولى ان تجوز لان الكتابة اقرب الى الجواز من البيع لان الكتابة
لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع وهو لانه يقدر على تحصيله
تسليم العبد اذا اجاز صاحب العبد تسليم العبد الى المولى ويعتق
ثم يضمن قيمة العبد لصاحب العبد قال الفقيه ابو الليث
الكاتب مع الصغير لو اجاز صاحب ذلك الشيء هل تجوز الكتابة قال الرواية
عن علمائنا في هذا مشتبهة فقال بعضهم تجوز وقال بعضهم لا تجوز والى
هنا لفظ الفقيه ووجه ما روي عن ابي يوسف وهو ان عقد الكتابة
تجوز سواء اجاز صاحب ذلك الشيء او لم يجز الا انه اذا اجاز فلم
يسلم لتلك العين فانه لم يكن عاجزا عن تسليم القيمة انه عقد
على العتق فجاز على ملك الغير كالعتق على مال ووجه قول محمد
ان ملك الغير في حالة العقد موقوفا على الاجازة كما في البيع فان
وجد الاجازة جاز والا فلا فكان البيع لما جاز عند الاجازة فالكتابة
اولى لان الكتابة لا تفسدها الشروط فصار كالتزوج على مال الغير و
هذا اذا كاتبه على مال الغير وهو عين اما اذا لم يكن عينا كما اذا كاتبه
على الف فلان هذه جازت الكتابة لان الدراهم والدنانير لا تتعين
في عقود المعاوضات فصار ذكرها للتقدير بها حكما ووصفا فان
ادى تلك الالف او الفا اخرى عتق وكذلك لو قال كاتبتك على الف
درهم على ان اعطيكها من مال فلان لان هذا شرط فاسد فلا يفسد
به الكتابة **قوله** فاشبه الصداق اي اشبه بدل الكتابة من حيث
العين صداق المراة من مال الغير يعني اذا تزوجها على مال الغير
جاز فان صاحب المال اذا لم يجز كان للمراة ان ترجع على الزوج
بقيمة ذلك الشيء ولو كان النكاح فاسدا لرجعت عليه بمهر المثل
لا بالقيمة فكذا في الكتابة على مال الغير لكن وهم القدرة على التسليم
كافيا في الصداق فكذا في الكتابة والجامع ان كل واحد من بدل
الكتابة والصداق عوض ما ليس بمال والجواب عن هذا ان العين
في باب المعاوضات تعتبر معقودا عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه
شرط صحة العقد ولهذا لم يجز بيع الآبق اذا كان العقد مما يحتمل
الفسخ

[illegible] ١٣٤
[illegible]

الفسخ كالبيع والكتابة تحتمل الفسخ فكانت القدرة على تسليم العين شرطا له
وهو لا يقدر على تسليم عبد الغير فلم تجز الكتابة بخلاف الصداق
على مال الغير فان القدرة على تسليمه ليس بشرط حتى لو تزوج على عبد
جاز فعلى ما هو فضله وتابع اولى ان لا تكون شرطا وهو الصداق
الا ترى ان النكاح بلا ذكر الصداق يصح والكتابة بلا ذكر البدل
لا تصح وظهر الفرق وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اي وان اجاز صاحب
العبد وهو رواية ابن سماعة عن ابي حنيفة [illegible] قوله على ما قال
والجامع بينهما اي [illegible] اذا لم يجز صاحب العبد حتى لو عقد الكتابة
[illegible] اذا اجاز [illegible] بيان الجامع ان عقد الكتابة على مال
الغير اذا كان عينا لا يفيد مقصود العقد من قبل ان الكتابة
وضعت على [illegible] كسب العبد بالاكتساب [illegible] البدل في
الحال [illegible] الرقبة الى وقت الاداء من مال الكسب والبدل
اذا كان معينا لا يكون ذكره من مال الكسب فلا يكون مفيدا الى اداء
البدل من المكاسب فلا يكون الشرط مفيدا والحصول هنا ما ذكرنا
وما في نقل ابي حنيفة **قوله** لانها اي لان الكتابة معها اي مع المكاتب
ولا حاجة اي الى الاداء من المكاسب **قوله** والمسألة فيه اي وضع
المسألة فيما اذا كان البدل معينا **قوله** على ما بينا اشار به الى قوله
ومراده شيء يتعين بالتعيين كالعبد والثوب والمكيل والموزون
سوى الدراهم والدنانير **قوله** وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد
الا اذا قال له اذا اديت فانت حر [illegible] هذه الرواية اي ما روى
ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يعتق بل اذا ادى المكاتب
تلك العين التي للغير اذا ملكها بعدما كوتب عليها **قوله** وعنه
انه يعتق قال ذلك او لم يقل اي روي عن ابي يوسف انه يعتق اذا ادى
تلك العين بعدما ملكها بوجه من الوجوه سواء قال له المولى اذا اديت
الي فانت حر او لم يقل كما اذا كاتبه على خمر فاداها **قوله**
ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان قال صدر الاسلام
البزدوي في شرح الكافي ولو كاتبه على عين في يد العبد وهو
من جملة كسبه هل تصح هذه الكتابة لم يذكر هذا في الكتاب يعني لم يذكر
محمد حكم ذلك في كتاب المكاتب ثم قال وذكره في كتاب الشرب انه
جائز ثم قال وروي عن زفر انه لا يجوز وروي هكذا عن ابي حنيفة
وابي يوسف وانه قال والصحيح انه يجوز واذا ادى يعتق لانه يكون [illegible]

ان النكاح لا يحتمل الفسخ وذلك لان القدرة في باب النكاح على ما هو المقصود بالنكاح وهو [illegible] الصداق

على اداء وسطه ان يكون ذلك بدل الكتابة لانه اذا جعل ذلك العين بدل الكتابة
وهو في يد العبد وهو في حكم كسبه تنفذ جعله احق بنفسه بتصرف
كي يعطي قيمته الذي اكتسب بعد العتاق قوله وهي مثله الكتابة
على الاعيان اشار بها الى ما ذكر قبل هذا بقوله وكذلك ان كاتبه على
شيء بعينه لغيره لم يجز وعن ابي حنيفة رواه الحسن انه يجوز
وقد بينا وجه الروايتين ثم قوله وقد بينا وجه الروايتين
في كفاية المنتهى وجه رواية الجواز انه مال معلوم القدر والتسليم ووجه
رواية عدم الجواز ان المولى كاتبه على مال الغير فاشبه قوله
وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة
فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة وتقسم المائة الدينار
على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد
ويكون مكاتبا بما بقي اي قال في الجامع الصغير قال القدوري في كتاب
التقريب قال ابو حنيفة ومحمد اذا كاتبه على الف على ان يرد المولى
وصيفا وسطا فالكتابة فاسدة وقال ابو يوسف جائزة وتحط عن المكاتب
حصة قيمة وصيف وسط وانما وضع المسألة في عبد بغير عينه
لانه اذا كان معينا جازت الكتابة بالاتفاق وجه قول ابي يوسف
انه جعل المائة بدلا عن الكتابة ثم استثنى العبد عن البدل وذكر ما
صح الكتابة عليه صح استثناؤه لان ما صح بدلا في المعاوضات صح مستثنى
كالدراهم والدنانير والعبد المطلق يصح الكتابة عليه وينصرف
الى الوسط فكذا صح استثناؤه وما ذكره في الباب انه اي العبد جهالة
الوصف انه جيد او رديء او وسط وجهالة الوصف تتحمل في عقد
الكتابة لان مبناها على المساهلة فصار كما لو كاتبه على الف على ان
يرد المولى عليه عبدا بعينه فيبطل حصة العبد
دون الكتابة ولهما ان المولى جعل عبدا بكم الدينار شيئا ورقبته
المكاتب ورقبته عبدا آخر والبدل الواحد اذا قوبل بشيئين
ينقسم عليهما على قدر قيمتهما كما في البيع فما اصاب حصة العبد
من الدينار يسقط بالاجماع لانه يكون بيعا وبيع عبد بغير عينه
فاسد لانه لا يصح الا في السلم في الحيوان وهو فاسد فيكون مجهولا لانه
يتردد بين ... والباقي من حصة المكاتب مجهول لجهالة العبد
بالجنس والصفة لا ... الا بالحزر والظن وجهالة
القدر ما تفسد الكتابة لكن [illegible]

لو قال

لو قال كاتبتك على حصتك من المائة الدينار لو قسمت عليك وعلى
عبد آخر لم تكن الكتابة بالاجماع فكذا هذا بخلاف ما اذا كاتبه على عبد
لان ثمة جهالة الوصف لا جهالة القدر وجهالة الوصف لا تمنع صحة
الكتابة وليس كذلك اذا كاتبه وعبدا فلان على الف درهم
حيث يجوز فلان لان العقد وقع صحيحا فيهما وانما خرج فلان عن العقد
لعدم الاجازة وكلامنا فيما شرعليه لان ثمة صحت التسمية ثم بطلت
بالاستحقاق في حصة المستحق نظيره ما لو اشترى عبدا بعبد
فاستحق لا يجوز في حصة العبد المشتري بالحصة ابتداء لكن فيما
ثمة ولو اشترى عبدين فاستحق احدهما بقي العقد في الباقي لانه بيع
بالحصة بقاء لا ابتداء لان المستحق كان داخلا في العقد فخرج بالاستحقاق
وقوله فاصح بدلا صح مستثنى منقول بما ذكرنا وتلك لا يصح
استثناء الوصيف من الدراهم والدنانير حتى لا يصح الجنس وانما صح
استثناؤه بقيمته والقيمة مجهولة القدر فتوجب جهالة القدر في
الباقي لان جهالة قدر المستثنى توجب جهالة قدر المستثنى منه وجهالة
وجهالة القدر غير متحملة لانها جهالة في الاصل بخلاف ما لو جعل
العبد بدلا لان ذكر جهالة الوصف انه جيد او رديء او وسط
وجهالة الوصف ليست في الاصل فتحملت قوله قال واذا
كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة اي قال القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين
النوع والصفة يعني انما تجوز الكتابة على حيوان غير موصوف اذا
بين الجنس اي النوع كالفرس والعبد مثلا ولم يبين نوعا من ذلك
النوع حيث لم يقل فرس برذون او عربي ولم يقل عبد تركي او
حبشي ولم يبين الصفة ايضا حيث لم يقل جيد او رديء او وسط
فتنعقد الكتابة وينصرف الى الوسط وعند الشافعي لا يجوز واراد صاحب
الهداية بالجنس ما اراده اهل النحو وهو ما يطلق على شيء لا بعينه
فلا يرد الفرس والعبد ليس بجنس وقد مر تمام البيان في باب المهر
في كتاب النكاح اما اذا كاتبه على حيوان اذا ابهمه لا تنعقد الكتابة
لتفاحش الجهالة في البدل الا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد في باب
الكتابة على الحيوان من مختصر الكافي رجل كاتب عبده على عبد
موجل بالحوامض فهو جائز وكذلك لو كاتبه على وصيف ... قيمة الوصيف
اربعون دينارا في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الغلاء

الكتابة

مما الاغرار لعبد كان اولى لان لهذا التعليل يتبين النكاح في
جميعا وا المماكسة المجادلة. قوله فان زاد اذا كاتب النصراني عبده
على خمر فهو جائز اي في الجامع الصغير قال صاحب الجواهر معناه
اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر وانما يحتاج الى هذا
التفسير لان في لفظ محمد كما هو لانه قال في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل نصراني كاتب عبدا له
نصرانيا على رطل خمر قال المكاتبة جائزة فان اسلم احدهما
بطلت الخمر وكان عليه قيمة الخمر والمكاتبة صحيحة فان ادى
عتق الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر الخمر في جواهر
الدقة مال متقوم كالخل عندنا فجازت الكتابة بها اذا كان مقدارها
معلوما فان اسلما او اسلم احدهما تبقى الكتابة جائزة وعليه قيمة
الخمر لانه تعذر تسليم عين الخمر لحكم الاسلام لان المسلم ممنوع عن
تمليك الخمر وتملكها فاذا امتنع تملك عينها وجب المصير الى قيمتها لان
القيمة تصلح بدلا في الكتابة الا ترى انه لو كاتب عبده على عبد فجاء بقيمة
عبد وسط اجبر المولى على القبول فاذا كانت تصلح بدلا في الكتابة
امكن تبقية الكتابة فيتعذر تسليم الى القيمة فاذا ادى القيمة
عتق واذا ادى عين الخمر هل يعتق قالوا يعتق لان الكتابة فيها
معنى التعليق ولكن يجب عليه اداء القيمة وهذا بخلاف البيع فان
احد العاقدين اذا اسلم قبل قبض الخمر حيث يبطل البيع لانه
لا يمكن تبقية البيع بعد الاسلام لانه يجب تسليم عين ما وقع عليه
العقد لانه عقد مماكسة والبيع لا يتحول الى قيمة المبيع بوجه من
الوجوه بخلاف الكتابة فافترقا فاذا عجز عن تسليم عين الخمر بالاسلام
انتقض البيع لا محالة قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي في باب كتابة اهل الكفر ذمي ابتاع عبدا مسلما فكاتبه
فهو جائز ولا يرد لان المقصود تخليصه بازالة يده عنه لم
يندفع القهر والذل عنه وبالكتابة يحصل هذا المعنى فان كاتبه
على ميتة او خنزير لم يجز لان الخنزير ليس بمتقوم فلا يصلح بدلا
عما هو متقوم كما في البيع فان ادى الخنزير عتق وعليه قيمته لان
الكتابة انعقدت بوصف الفساد واندرج فيها معنى التعليق
فاذا ادى عتق موجبا للتعليق ويواخذ بالقيمة لان الكتابة
الفاسدة توجب القيمة كالبيع الفاسد وكذلك ان كان المولى
هو المسلم لم تصح الكتابة على الخمر لان المسلم ليس من اهل تملك الخمر

والرخص فان جاء بوصف وسط او بقيمته اجبر المولى على القبول
وان كاتبه على دابة او ثوب لم يجز حتى يبين الجنس الى هنا لفظ
الحاكم وجه قول الشافعي ان عقد وجه قولنا فهي ان عقد الكتابة
عقد معاوضة والجهالة فيه تفضي الى المنازعة فلا ينعقد
العقد مع الجهالة كالبيع ولنا ان القول يقيد ببيان نوع الحيوان فان
نفي فيه نوع جهالة جهالة الصفة يسيرة مستدركة بتحكيم الوسط
فتحمل هذه الجهالة كالجهالة في الاجل كما اذا كاتبه على الغلال
الحصاد او الدياس لان عقد الكتابة مبناه على المسامحة لانه
لانه عقد ارفاق بخلاف البيع فان الشرا لعبد او فرس لا يصح
لان مبنى البيع على المضايقة والمماكسة ثم قيمة الوسط اربعون
دينارا في قول ابي حنيفة وعندهما تعتبر الرخص والغلاء قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قيل المقدر كان
في زمن ابي حنيفة لان الاسعار كانت مستقرة في زمنهما كانت مضطربة
فتعتبر الاستقرار بحكم العرف وعند الاضطراب يراعى قيمة الوسط
فان جاء بوصف وسط او بقيمته اجبر المولى على القبول لان كل واحد
من العين والقيمة اصل العين باعتبار التسمية والقيمة باعتبار
ان الوسط لا يتعين الا بها فصارت اصلا من حيث الايفاء وعدم تبيانه
في النكاح قوله ويجوز في النكاح اي فيما يسلم من قوله ولنا
انه معاوضة مال بغير مال اي ابتداء لكن على وجه يسقط الملك فيه
فاشبه النكاح يعني ان عقد الكتابة معاوضة مال بغير مال
وهو فك الحجر وهذا بالنظر الى جانب العبد فان رقبة العبد في
الفرس في الدفعة بدلا عما ليس بمال كما اذا تزوجها على عبد او فرس او هو
معاوضة مال بمال بالنظر الى جانب المولى لان المكاتب يخرج عن ملك
المولى بالبدل وعتقه مال لكن على وجه الاسقاط لا الاثبات لان
سنا في المال لا يدخل في ملك المكاتب كخروج البضع للمراة في الخلع
فصار كانه معاوضة مال بغير مال الانتفاء من جانب فكري تتحمل
الجهالة اليسيرة وهذا التقرير على طرد كلام صاحب الهداية ولنا ونحو
لانه قاس على النكاح وعندنا انه لا يصح تسمية العبد في النكاح
الضابط يجب مهر المثل لان جهالته لا تتحمل عنده في البيع لا تصح
تسميته في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولو لم يقس على النكاح
وقال انه معاوضة مال بغير مال تكان النزاع لما لا انه لا يصح بالجهالة المستدركة

كالاول

ذمي كاتب عبدا له كافرا على خمر فالكتابة جائزة لأن الخمر مال
في حقهم فإن أسلم العبد فالكتابة جائزة وعليه قيمة الخمر
لأنه تعذر التسليم بحكم الإسلام وفي العقد المقتضي للتسليم فإنه
يصار إلى القيمة وإن كاتبه على ميتة أو دم لم يجز لأن الميتة
والدم ليسا بمال فلا ينعقد بهما الكتابة فإن أدى فكاتبه على الميتة لم
يعتق لأن الأداء وجد من غير عقد إلا أن يكون المولى قال له إن
أديت إلي فأنت حر فإذا أداه وقبله السيد فيعتق بقوله أنت حر
ثم يعتق بالأداء يريد به أنه يعتق بحكم التعليق لا بحكم الكتابة
كما لو قال إن أديت إلي ميتة فأنت حر ثم لا يرجع على العبد بشيء
لأن العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة ثم اعلم
أنه إذا كاتبه على خمر ثم أسلم عتق بالخمر لأن الإسلام لا يبطل الكتابة بل ينتقل
إلى القيمة وهو ظاهر الرواية وقال الإمام الإسبيجابي في شرح
وروي عن محمد أنه قال تبطل الكتابة لأنه عجز عن تسليم ما وقع عليه
العقد فصار كأنه عجز نفسه قوله وإذا قبضها عتق أي إذا
قبض المولى قيمة الخمر ثم إذا أسلم أحدهما عتق وهذا الذي ذكره
لفظ الصدر الشهيد في الجامع الصغير أما لفظ محمد وإذا أداها
عتق وقد ذكرناه قبل هذا قوله وكذا إذا أداها عتق أي لو أدى
عين الخمر عتق أيضا ثم إذا أسلم أحدهما لأن في الكتابة معنى التعليق
وقد صرح قاضي خان في شرحه للجامع الصغير ونظر بعضهم في شرحه
أنه لا يعتق بأداء عين الخمر وقد تكلف بالسؤال والجواب وذلك ليس
بصحيح قوله وقد بيناه من قبل إشارة إلى ما ذكر في أول هذا الفصل
بقوله فإن أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق إلا بأداء القيمة وهو
روايات ذكرناها على العيون ثم

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

لما فرغ عن بيان الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في
بيان ما يجوز للمكاتب فعل ذلك وما ليس له ذلك قوله قال ويجوز للمكاتب
البيع والشراء والسفر أي في العقود ولو في مخصوص وهذه المسألة
وقع بيانها مكررا لأنه ذكرها في أول باب المكاتب عند قوله وإذا
صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه إلا أنه لم
يذكر في البداية ثم قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع في الكتاب
في القدوري هذا الموضع في البداية ثم قال بلغ في الهداية وهي شرح
البداية هذا الموضع سابق الكلام كما سبق في البداية من غير اختلاف
وإن ذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع قبل هذا وعندنا أن الحقي
لا يجوز

لا يجوز له السفر وقد سبق وجه الخلاف في باب المكاتبة وإنما جاز
له البيع والشراء لأن المقصود للعبد نيل الحرية بأداء البدل
والبيع والشراء أفضل هذا المقصود لأنه سبب لتحصيل المال
بالربح في بيعه وشرائه ولهذا لا يثبت له تحصيل المكاسب والخير
فالرخصة في جواز السفر أيضا لتحصيل المكاسب المفضية إلى
الحرية بأدائها قال صاحب الهداية ويملك البيع بالمحاباة لأنه من
صنيع التجار لم يذكر الخلاف وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز
للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولهما ويجوز في قول أبي حنيفة
ما كان وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة يجوز بيع
المكاتب بالقليل والكثير وقالا لا يتغابن في مثله لأبي حنيفة
أن تصرف المكاتب لنفسه بدلالة أن ما يلزمه من الديون لا يرجع
بها على مولاه فصار كالحر ولأنه يتصرف بأمر مطلق كالوكيل على
أصله ولهما أن النقصان الكثير تبرع فلا يصح كما في حال المرض
الثلث وتبرع المكاتب لا يجوز قوله فإن شرط عليه أن لا يخرج
من الكوفة فله أن يخرج استحسانا أي قال في الجامع الصغير وصورته
محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في المكاتب يشترط عليه مولاه
أن لا يخرج من الكوفة إلا أن يأذن له سيده قال هذا الشرط باطل
وله أن يخرج والمكاتبة جائزة إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير
ولم يذكر الاستحسان فيه كما ترى ولكن ذكره صاحب الهداية وإنما
كان الشرط باطلا لأنه مخالف لمقتضى العقد لأن مقتضى عقد
الكتابة الإطلاق وذلك للتجارة لكي ينال العبد الكسب ولا يتأتى ذلك في
الأرض والسفر فيها شرط الحرية كما قال تعالى فانتشروا في الأرض
وابتغوا من فضل الله وشرط عدم الخروج عن الكوفة إذا كان العقد
مانعا يحجزه عن السفر والانتشار في الأرض الذي سبب لتحصيل
المكاسب فكان هذا الشرط مخالفا لمقتضى العقد وذكره
مخالف لمقتضى العقد باطل إلا أن الكتابة لم تبطل ببطلان الشرط
إذ لم يدخل الشرط في صلب العقد لأن معناها على التوسعة و
لهذا يجوز الكتابة على عبد لغير عينه بخلاف أن الشرط إذا دخل
في صلب العقد فيفسد ذلك في البدل أو في المبدل كما إذا كاتبه على بدل
مجهول أو بدل حرام أو كاتب جارية على ألف درهم على أن يطأها
ما دامت مكاتبة أو يخدمه مدة بعد الحرية وقيل أو كاتبها وهي حامل
من غيره

فالمعنى ما في بطنها فسدت الكتابة ولكنها اذا ادت الالف تعتق
لكن علمه العقد اذا دخلها في صدر الكتابة واذا لم يدخل في صلب العقد
لا تفسدها كما اذا كاتب عبده على ان لا يخرج من المصر او على ان
لا يتجر وما اشبه ذلك من الشروط التي لا يدخل في صلب الكتابة
فالكتابة صحيحة والشرط باطل لان عقد الكتابة يشبه البيع والنكاح
جميعا فشبهه بالبيع يقتضي ان يبطل بالشرط الفاسد وشبهه
بالنكاح يقتضي ان لا يبطل به النكاح فاعطي له حكم من كلا الشبهين
رعاية للشبهين فان دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة
افسدها والا فلا وانما يشبه النكاح من حيث انه يشتمل الحيوان دينا
في الذمة ويجوز من غير ان يذكر صفة البدل ويقع على الوسط كالنكاح
ويشبه البيع من حيث انه لا يصح الا ببدل معلوم او نقول انه يشبه البيع
من حيث انه يحتمل الفسخ في الابتداء ويشبه النكاح من حيث انه لا يحتمل
الفسخ بعد تمام المقصود والباقي سنطرح شرحنا هذا في اواخر
البيع الفاسد قوله على جهة الاستبداد يقال استبد برايه اي تفرد
قوله كما اذا شرط خدمة مجهولة لم يجز الكتابة على الخدمة مطلقا
او زمانا ولم يبين الخدمة اما اذا كاتبه على ان يخدمه شهرا لا يجوز قياسا
ويجوز استحسانا قال في اول كتاب المكاتب في مختصر الكافي وان كاتبه
على ان يخدمه شهرا فهو جائز وان كانت الخدمة غير معلومة
استحسن ذلك الى هنا لفظ الكافي وذلك لان المنافع تصلح عوضا في باب
البيع ففي الكتابة اولى وهو اخف منه بما عقبه مجازا وان لم يعلمها السيد وان
كانت الخدمة غير معلومة استحسانا لان الخدمة اذا اطلقت تنصرف
الى خدمة البيت المتعارفة وليس فيها نوع جهالة فهي جهالة
يسيرة وانها متحملة في باب الكتابة وكذلك اذا استاجر عبدا
لخدمته كل شهر باجر مسمى فهو جائز وقد مر ذكره في اخر باب اجارة
العبد قوله هذا هو الاصل اي الذي ذكره وله شبهان فراعى جهتهما
جميعا وهو ظاهر قوله او نقول ان الكتابة في جانب العبد
اعتاق لانه اسقاط الملك لو قال في جانب المولى اعتاق اي قال
في جانب العبد الاعتاق كان اولى وكذا قال فخر الاسلام والصدر عتق
الشهيد ان الكتابة في جانب العبد تشبه العتق لانه اسقاط فك الحجر
والاطلاق اليد بمنزلة العتق فكل شرط في جانبه صار وجودا بمنزلة
الداخل على العتق وهذا الشرط كمنصرف جانبه فصار وجودا الا انه

وقال

وقال فخر الاسلام ان صح ذلك شرط في الف معنى العقد يكون فاسدا
لا يبطل الكتابة لانها من جانب المولى بمنزلة الاعتاق لانه فك
الحجر واثبات حرية اليد والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة
وهذا الذي قال ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق
والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تبطل الكتابة ايضا
بالشرط الفاسد لشبهه بالعتق لانا نقول لا نقول اذا كان
تشبه بالعتق انه ينبغي ان لا تفسد الكتابة ايضا اذا دخل
الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان هذا الوجه من
البيان ضعيف والاولى ما قاله انفا من رعاية الشبهين قوله
قال ولا يتزوج الا باذن المولى اي قال القدوري في مختصره وانما لم يكن
له ان يتزوج بلا اذن المولى لانه ليس من باب الاكتساب وفيه ضرر
بالمولى بلزوم المهر في رقبته وانما استفاد من التصرف بعقد
الكتابة ما كان سببا ووسيلة الى اداء بدل الكتابة والتزوج ليس
بوسيلة الى اداء البدل فبقي على الحجر فاذا اذن له المولى بذلك جاز
لزوال الحجر حينئذ هذا في المكاتب اما المكاتبة هل يجوز
لها ان تتزوج بغير اذن المولى نفسه اختلاف قال شيخ الاسلام علاء الدين او يتزوج
الاسبيجابي في اخر باب جناية عتق المكاتب من شرح الكافي
ولا تتزوج المكاتبة بغير اذن مولاها لانها مملوكة للمولى وقال زفر
يجوز ذلك لانه من باب الاكتساب وانا نقول المهر وجب مقابلة
الملك الثابت لا في المنافع فهو حق السيد فان زوجت قبل ان يفسخ
النكاح يجوز ذلك النكاح لان ذلك النكاح انما كان لا يجوز لحق المولى
فاذا عتقت زال حق المولى فيجوز كما قلنا في الامة والعبد ولا
خيار لها لانها باشرت العقد برضاها وتعقد بعد العتاق قوله
ولا الهبة ولا التصدق الا بالشيء اليسير وهذا لفظ القدوري في مختصره
قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي في باب جناية عتق المكاتب
ولا يجوز هبة المكاتب ولا صدقته ولا وصيته وان تولد عما في
ولا اقراضه ولا كفالته وقال ابن ابي ليلى عتقه وهبته موقوف
فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رجع مملوكا بطل ذلك كله
لان المكاتب لا يملك بالكتابة الا ما هو من التجارة ومن التكسب
وهذه التصرفات تبرعات ليس فيها معنى التجارة فلا يصح و
جعل ابن ابي ليلى هذه التصرفات موقوفة لان المانع حق المولى

يقدر الى جعل العتق جوابه انه ليس باهل لمباشرة هذه التصرفات
حتى المباشرة فلا يتوقف كالطلاق والعتاق وقال في شرح الاقطع
واما الصدقة بالشيء اليسير فالقياس انه لا يجوز له تصدقه ولو
اذن مولاه لانه تبرع فلا يجوز كما لا يجوز بالكثير الا انهم استحسنوا فيه
لما روي ان سلمان رضي الله عنه كان مكاتبا فاهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم
فقبل هديته ولانه يتوصل بذلك الى اداء مال الكتابة لانه من عادة التجار
ولكنه يضرب التجار فيه فلذلك جوز وقال الحاكم الشهيد في الكافي ايضا
وان اعار دابته او اهدى هدية او دعا الى طعام فلا بأس بذلك وليس له
ان يكسو ثوبا ولا ان يعطي درهما وذلك لان العبد المأذون يملك
الضيافة والاعارة والهدية اليسيرة لانها من توابع التجارة فيملكها
المكاتب لانه اعلى حالا منه وليس له ان يكسو ثوبا ولا ان يعطي
درهما جعل هذا القدر كثيرا وما دونه يسير فيملك اليسير دون
الكثير كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي قوله لتجمع عليه
المجاهزون والمجاهز عند العامة الغني من التجار وكانه اريد
المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر
به فحرّف فالمجاهز كذا في المغرب قوله ولا يتكفل
هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما قلنا انه تبرع فلا يجوز كالقرض
سواء كانت الكفالة بالنفس او بالمال لان كلا منهما تبرع وهو لا يملك
التبرع قال في شرح الاقطع وقد قالوا لو اجاز المولى كفالته او هبته
لم يصح ايضا لانه لا ملك له في ماله وانما حقه متعلق به فهو بمنزلة
الغير ثم اذا اجاز عتق الوارث وهبته كما قال الشافعي انه لا يجوز
قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل
باذن المولى ولا بغير اذنه ولكن يجوز الحوالة فان كفل باذن سيده
ثم عجز لم يلزمه تلك الكفالة لان ضمانه كان باطلا وان ادى فعتق
لزمته الكفالة لانه كفيل وهو بمنزلة العبد ولو ان عبدا محجورا
كفل بكفالة ثم عتق لزمته الكفالة ولو كان المكاتب صغيرا
حين كفل ثم ادى فعتق الى هنا لفظ الكافي قوله فان وهب
على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
قوله فان زوج امته جاز وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لانه
من باب الاكتساب فيملكه المكاتب كما هو من باب الاكتساب فيما اذا زوج
امته لاجنبي اما اذا كان زوج امته عبده فلا يجوز لانه ليس من الاكتساب
الكاف

كذا

تاسعه

١٣٦ كذا ذكر الولوالجي في فتاواه قوله قال وكذلك ان كاتب عبده اي قال
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في المكاتب يكاتب عبده قال جائز فان اعتقه على مال لم يجز وان باع نفسه
بمال لم يجز وان زوج امته جاز وان زوج عبده لم يجز واما
العبد المأذون له في التجارة فلا يجوز شيء صنعه من هذا في قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز ان يزوج امته الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد في باب مكاتبة المكاتب من الكافي
والمكاتب ان يكاتب استحسانا فان ادى الثاني قبل الاول كان ولاؤه
للمولى الاول فان عتق الاول بعد ذلك لم يرجع اليه ولاؤه الى هنا
لفظ الحاكم وفي القياس لا يجوز للمكاتب ان يكاتب وهو قول زفر
والشافعي لان فيه العتق اذا ادى المال المكاتب فلا يملك
الاعتاق فكذا لا يملك الكتابة وجه الاستحسان ان المكاتب يملك
ما هو من باب الاكتساب والكتابة اكتساب للعبد فيملك ذلك
كتزويج الامة والبيع بل الكتابة انفع من البيع لانه يزول
الملك في البيع قبل الوصول الى البدل وربما يصل اليه وربما لا
يصل اليه وفي الكتابة لا يزول الملك الا بعد الوصول الى البدل
فاذا ملك البيع ملك الكتابة بالطريق الاولى بخلاف الاعتاق
على مال لانه ليس باكتساب بل هو من التصرفات الضارة فان بمجرد
الاعتاق على مال يزول الملك في الحال والعوض في ذمة المفلس ولا يزول
في الكتابة الا بعد سلامة البدل فالظاهر ان البدل يكون كثيرا في
قيمته فيظهر الفرق فان ادى الثاني قبل الاول كان ولاؤه للمولى
الاول لانه يعقل اثبات الولاء من المكاتب لانه لا يعتق فاثبتناه من المولى
فان عتق الاول بعد ذلك لم يرجع الولاء اليه لانه بمنزلة النسب وبعد ثبوته
على شخص فلا ينتقل الى غيره بخلاف ما اذا ادى الاول قبل الثاني
ثم ادى الثاني فيثبت ولاؤه من المكاتب الاول فالمكاتب الاول مالك
مطلق ارثي ولان المكاتب الاول مباشر صاحب علة وهو المسبب
لانه لولا كتابته لم يملك المكاتب ان يكاتب فالاصل اضافة الحكم
هو لعله بصلاحيه الا اضافه اليها قوله لانه يوجب
فوق ما هو ثابت له اي لان الاعتاق على مال يثبت يعتق المكاتب
فوق ما هو ثابت للمكاتب لان في الكتابة لا يزول الملك الا بعد
سلامة البدل وفي الاعتاق على مال يزول الملك سلم البدل او لم يسلم

فحصل عتق الولى ليس كذلك فكان كتابته مس هو مالكه

فكان أثره أقوى من الكتابة في ذلك الشيء لا لنقص ما هو فوقه فكان للمكاتب
أن يكاتب وليس له أن يعتق على مال **قوله** فإن أدى الثاني قبل أن يعتق
الأول فولاؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك أي إن أدى المكاتب الثاني
قبل أن يعتق المكاتب الأول فولاء المكاتب الثاني للمولى لا للمكاتب
الأول لأن للمولى في مكاتب المكاتب نوع ملك لأن عبد المكاتب
عبد للمولى من وجه لأن للمولى نوع ملك في أكساب مكاتبه لأن
سبب الملك تام فهو ملكه رقبة ولكن سقط اعتباره شرعا
نظرا للعبد في حق ملكه مطلقا فوجد الملك من وجه لأن النظر
للمكاتب يحصل به وثبوت الملك للمولى من وجه فكان عبدا له من وجه
قوله ولا يصح إضافة الإعتاق إليه في الحالة يعني كون أن قال
لعتق معتق فلان لأنه معتق فلان نظرا إلى التسبب مجازا وظهر
بذلك الاستعمال على الموالي معتق معتق فلان **قوله** فإذا تعذر
إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه يعني لما
تعذر إضافة الإعتاق إلى مباشر العقد وهو المكاتب لعدم
الأهلية للإعتاق لقيام الرق أضيف الإعتاق إلى مولى
المكاتب تسبيبا لأنه لولا كتابته لم يملك المكاتب أن يكاتب
فاعتبر المولى هو المعتق لمكاتب المكاتب فكان ولاؤه للمولى
قوله كما في العبد إذا اشترى شيئا يعني يثبت الملك في الشيء
في الشيء المشترى لمولى العبد لا للعبد لعدم أهليته للملك لقيام
الرق فيه **قوله** وإن أدى الثاني بعد عتق الأول فولاؤه له يعني
وإذا أدى المكاتب الأول بدل الكتابة فعتق ثم أدى المكاتب الثاني
فولاء المكاتب الثاني للمكاتب الأول لا لمولاه لأن الأصل في إضافة
الحكم هو المباشر لا المتسبب وهو مولى المكاتب الأول
فيثبت الولاء للمكاتب لا للمولى **قوله** فإن أعتق عبده على
مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز أي قال في الجامع الصغير
وثم نسق لفظ الجامع الصغير حتى قيد قوله فكذلك إن كاتب عبده
وذلك لأن المكاتب يملك ما كان من الاكتساب وهذه الأشياء
ليست من الاكتساب بل من التبرعات الضارة أما الأول فهو الإعتاق
على مال فلأن الملك يزول به بمجرد القول ويتأخر العوض ذمة العبد
المفلس فلعله لا يصل إلى مولاه ولعله لا يوصله فكان ضررا لا نفعا
وأما الثاني وهو بيع المكاتب العبد من نفسه فلأنه إعتاق

على

على مال أيضا وحكمه حكم الإعتاق وأما الثالث وهو تزويج المكاتب عبده
فلأنه ليس من الاكتساب في شيء بل عيبه ضرر محض بكون رقبته
العبد مشغولة بالمهر والنفقة وليس كذلك تزويج الأمة لأنه
يستفيد به المهر فكان اكتسابا **قوله** على ما مر إشارة إلى قوله لأنه
اكتساب للمال فإنه يملكه المهر **قوله** قال وكذلك الأب والوصي
في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب في جميع ما ذكرنا أي قال في الجامع
الصغير يعني يملك الأب والوصي في رقيق الصغير ما يملك المكاتب
ولا يملكان فيه ما لا يملك المكاتب في عبده وهذا الذي ذكره صاحب
الهداية هنا من تملك تزويج الأب والوصي أمة الابن واليتيم بلا
خلاف وهو الصحيح خلاف ما ذكر في المبسوط من الخلاف حيث
جوزه عند أبي يوسف خلافا لهما ما به ليس بصحيح قال في أصل
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يكون له ابن
صغير فيكاتب عبدا من عبيده قال المكاتبة جائزة فإن أعتقه
على مال لم يجز وإن باعه نفسه بمال لم يجز وإن زوج عبدا له لم يجز وإن زوج
أمة له فهو جائز وكذلك الوصي هو بهذه المنزلة إلى هنا لفظ أصل الجامع
الصغير وذلك لأن ولاية الأب والوصي نظرية والكتابة وتزويج الأمة
منها اكتساب المال لحصول النظر فيها وما سواهما ليس فيه اكتساب
فلم يكن فيه نظر فلم يجز ذلك وذكر فيها قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع
الصغير إذا كاتب عبدا لابنه الصغير جاز الكتابة فيها استحسان وفي القياس
أن لا يجوز لأن الكتابة تفضي إلى العتق والأب لا يملك عتق عبد ابنه وفي
الاستحسان يجوز لأن في ذلك إصلاح مال الولد لأن في الكتابة سلامة المال و
لو أعتقه على مال لم يجز لأن في العتق على مال استهلاك مال الصبي بدلا
على مفلس لأن العبد في الحال لا يملك شيئا وليس كالكتابة لأن الكتابة يحتمل
النقض والرد وينتقض الكتابة إذا عجز عن الأداء وأما العتق على مال فلا
يحتمل النقض والرد فكان أخذ المال منه خطرا أورد الفقيه فيهما سؤالا وجوابا
فإن قيل لو باع عبدا منه من إنسان مفلس جاز البيع قيل لا يجوز ههنا
قيل له لأنه يجوز له أن يحبس المبيع حتى يصل إليه الثمن وأما العبد إذا
عتق لا يمكن حبسه وكذلك الجواب في الوصي **قوله** قال فأما المأذون له
فلا يملك شيئا من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج
أمته أي قال في الجامع الصغير وثم نسق لفظ الجامع الصغير حتى قيد قوله
وكذلك إن كاتب عبده يعني لا يملك المأذون له في التجارة كتابة عبده

وتزويج عبيده وتزويج امته او اعتاقه على مال وبيعه نفسه من نفسه
وعند ابي يوسف يجوز له تزويج الامة كذا في صاحب الهداية وعلى هذا الخلاف
المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان يعني ان هولاء الثلاثة جميعا
تزويج الامة عند ابي يوسف خلافا لهما ولنا في هذا المنقول نظر لان المفاوض صح
يجوز له تزويج الامة بالاتفاق ولا يجوز لمثله من احد شريكي العنان عند
ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف الا ترى الى ما نص الكرخي في مختصره في باب
المفاوضة ويجوز لاحد المفاوضين ان يكاتب عبيد التجارة وياذن
لهم في التجارة ولا يجوز ان يعتقهما في عرض التجارة على مال ولا يجوز ان
يزوج العبيد ايضا ويجوز ان يزوج الاماء ويجوز ان يدفع المال مضاربة الى هنا
لفظ الكرخي ذكر جواز تزويج الاماء للمفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى وكذلك
اثبته القدوري في شرحه وعلل بقوله لان تزويج الامة تحصيل منفعة الا ترى
انه يسقط عنه نفقتها ويستحق مهرها وولدها وتصرفه عام في كل
ما عاد نفعه الى المال وقال الكرخي ايضا في باب ما يجوز لاحد شريكي
العنان ان يعمله في المال وليس له ان يكاتب عبدا من تجارتهما ولا يعتقه
على مال ولا يزوج عبدا ولا امة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يزوج الامة خاصة ولا يجوز غير ذلك مما ذكرنا وقال الحاكم الشهيد في
الكافي ولاحد المتفاوضين ان يكاتب عبدا من تجارتهما وله ان ياذن له
في التجارة وليس له ان يعتقه على مال ولا ان يزوجه وله ان يزوج الامة
وليس لشريك العنان ان يكاتب ولا ان يزوج الامة وكذلك المضارب
الى هنا لفظ الحاكم وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هولاء
الاربعة اصناف لا يجوز عتقهم على مال ويجوز كتابتهم في الاستحسان وفي قول
زفر لا يجوز كتابتهم لان كل من لا يملك العتق لا يملك الكتابة على قوله
وان زوج احد من هولاء الاربعة امة جاز النكاح بالاتفاق لان فيه اكتساب
المال الى هنا لفظ الفقيه اراد بالاصناف الاربعة الاب والوصي والشريك
المفاوض والمكاتب لانه اشار اليهم بعد ذكرهم قبل هذا ثم قال الفقيه
ولو كان عبدا ماذونا او شريك عنان او مضاربا فزوج احد هولاء العبد لم يجز
في قول ابي حنيفة ومحمد ويجوز في قول ابي يوسف ولا يجوز كتابة النفر الثلاثة
بالاتفاق ولو زوج احد من هولاء الثلاثة او من النفر الاربعة الذي ذكرنا
العبد امراة لم يجز بالاتفاق لانه ذكر اى ايجاب المهر وليس فيه مصلحة
فصار تزويج العبد بمنزلة اصطناع المعروف ولا يجوز لهولاء اصطناع
المعروف الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي

الاب

الاب والوصي والمفاوض لا يملكون العتق على مال ويملكون الكتابة
والمكاتب وهولاء الثلاثة يملكون تزويج الامة وليس لهم تزويج العبد
واما الصبي الماذون والعبد الماذون والشريك شركة عنان والمضارب
لا يجوز لهم الكتابة ولا تزويج العبد بالاجماع وفي تزويج الامة اختلاف
عند ابي حنيفة ومحمد لا يجوز وعند ابي يوسف يجوز الى هنا لفظ شرح الطحاوي
فعلم ان المفاوض لا خلاف فيه في تزويجه الامة ثم نعرض ان وجه
كما هو عادتهم في التقليد وجه قول ابي يوسف في جواز تزويج الامة العكس
على المكاتب وهو ان المكاتب يجوز له تزويج الامة فكذا يجوز لهؤلاء ذلك
لانهم يملكان من قبيل التجارة وفي تزويج الامة معنى الاجارة لان
التزويج تمليك المنفعة بعوض والاجارة كذلك والاجارة تجارة فيملكون تزويج
الامة تجارة ايضا لحصول معنى التجارة فيه ووجه قولهما ان الماذون يتصرف
بحكم الاذن فيما كان تجارة وتزويج الامة لا يسمى تجارة لان التجارة عبارة
عن مبادلة المال بالمال وفي التزويج لم يوجد هذا المعنى فصار كالكتابة لا يجوز للماذون م
له ان يكاتب عبده فكذا لا يزوج امته بخلاف ~~المفاوض~~ المكاتب لانه يملك
تزويج الامة كما يملك التجارة لانه من فضل الكتابة لا المال والمكاتب يملك
الكتابة لان التصرف تملكها بالاجارة حوال الاكتساب بصورة التوسل
الى اداء بدل الكتابة فظهر الفرق بين المكاتب والماذون قوله
فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال فيعتبر تزويج الامة
بالكتابة لان كلا منهما مبادلة المال بغير المال لان البدل في الكتابة مقابلة
بفك الحجر فلا يجوز للماذون له ان يكاتب فكذا لا يجوز له ان يزوج الامة
ولا يعتبر تزويج الامة بالاجارة كما قال ابو يوسف لان الاجارة مبادلة
المال بالمال والامة منافعها والمنفعة في باب الاجارة مال لان الشرع جعلها
مهرا في باب النكاح مع ان النكاح لم يشرع الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا
باموالكم والله اعلم فصل لما ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق
الاصالة شرع بذكر مسائل وقوع الكتابة بسبيل التبعية لان التبع بعد
الاصل قوله قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته
اي قال القدوري في مختصره فانما قال دخل في كتابته ولم يقل صار
مكاتبا لان الكتابة في المشترى بسبيل التبعية ولو كانت بطريق الاصالة
لتعين بعقد المكاتب وحمله القول هنا ما قال القدوري في كتاب
التقريب قال ابو حنيفة اذا اشترى المكاتب ذوي ارحامه دخل في الكتابة
معه ولا ذا استحسان وقال لا يدخل في الكتابة من يعتق على الحر اذا ملكه
وجه القياس ان المشترى كسب والمكاتب لا يملك الكتاب

فدلالة كسب المدبر وأم الولد وكسب الجارية المشتركة في يد البائع لأنهم
لو دخلوا لاستحقوا الحرية بفضله من غير عوض وهو لا يملكه هذا المعنى
وإنما استحقوا لأن الأبوين والولد لأنهم ينتسبون إليه بالولاد وكذا الولد
المولود وكذا الغاصب [illegible] على موضع الاستحسان إذا أجمعوا على بن
عليه لهما أن المشترى إذا كان بينه وبين المشتري رحم كان حل صار
في حكمه بدلالة الحر إذا اشترى ذا رحم فالجواب أن الحر يملك الحرية
بغير عوض والمكاتب لا يملكها فليس هذا كالمولود في الكتابة
لا الحرية ثبتت له من طريق السراية لا الفعلة كذا في المعرب وقال الحاكم
في مختصره ومن ملك المكاتب من قرابته وإن سفل أو جده وإن علا لم يكن
له أن يبيعه وكان له كسبه فإذا أدى المكاتب الكتابة عتق وعتقوا معه
في منزلة من لم يكن وإن اشترى سوى من ذكرنا من ذوي الأرحام
المحرمات فإن أبا حنيفة كان يقول له أن يبيعهم جميعا وقال أبو يوسف
ومحمد ليس له أن يبيع أحدا منهم وهم في حكم من سواه من ذوي الأرحام
المحرمات فإذا مات المكاتب والكتابة عليه وترك من اشترى ممن
له بيعه في قول أبي حنيفة ومن ليس له بيعه في قوله من ذوي الأرحام
المحرمات فإن أبا حنيفة قال يعتقون جميعا ويسعون في ذلك من الولد
ومن غيرها إلى أجله فإنه يقال له إن أديت المكاتبة حالا قبلناها
منك وعتقت وعتقوا وإن لم تفعل ذلك فإن ابنك ذكر [illegible]
مماليكين وقال أبو يوسف ومحمد يكون ذوي الأرحام المحرمات في هذا في
حكم ابنه المولود في الكتابة من أمته كما يليه يسعون في المكاتبة على نجومها
فإن أدوها عتقوا وعتق المكاتب الميت وإن عجزوا عنها عادوا
وعاد المكاتب الميت رقيقا إلى هنا لفظ مختصر الحاكم وقال الإسبيجابي
في شرحه [illegible] مكاتب [illegible] اشترى المكاتب أباه أو جده
أو ولده أو أمته ليس له بيعهم ولو اشترى أخاه أو عمه أو ابن عمه أو ذي
رحم له بيعهم في قول أبي حنيفة وقالا ليس له بيعهم أيضا وقال أبو حنيفة
لو أعتق مولاه [illegible] لم يملك المكاتب بيعه من هؤلاء جاز عتقه ولا يجوز
عتقه لمن يملك المكاتب بيعه ولو ملك الحر هؤلاء عتقوا عليه [illegible] هذا
الكتاب تكاتبوا عليه ودخلوا في الكتابة معه من لا يملك بيعهم من هؤلاء
وفي المجرد قال أبو حنيفة المكاتب إن كاتب أبوه [illegible] اشتراه
قبل أنه لم تكاتبوا عليه هكذا ذكر صاحب [illegible] والفرق
لأبي حنيفة بين الحر والمكاتب في الأخوة والأخوات وأولادهم والأعمام
والعمات هو أن ملك المكاتب ناقص بدلالة أنه لو اشترى زوجته لا يفسد
النكاح

دخل م

شرح [illegible]

والنكاح ويتوارثه هو ولا ضعفه بدليل أنه يجوز شهادة بعضهم لبعض وشهادة
[illegible] ضعفه ملكا ناقصا لذلك لم تكاتبوا عليه [illegible] الأبوين
والأجداد والجدات والأولاد وإذا لم يكن [illegible] القرابة قوية لم يكاتبوا
عليه فإذا كان ملك الناقص لقوة هذه القرابة يلزم يوجد معا [illegible] ناقص
[illegible] والحكم كذلك في الحر إن ملكه كامل بدليل أنه لو ملكها [illegible]
النكاح فقد صادف قرابة ناقصة من وجه وهو جواز شهادة بعضهم
لبعض وكاملة من وجه وهو بطلان النكاح بين ذكورهم وإناثهم
ملكا كاملا لذلك عتقوا عليه قوله وإن اشترى ذا رحم محرم
منه لا ولاد له لم يدخل في الكتابة عند أبي حنيفة وقالا يدخل
وهذا لفظ القدوري في مختصره أيضا وعند [illegible] ذلك وإذا [illegible] الرحم
المحرم من يحرم نكاحه بالنسب من غير ولاد كالإخوة والأخوات والأعمام
والعمات وأولادهم فإذا ملكهم الحر يعتقون عليه وإذا ملكهم المكاتب
لا يكاتبون عليه عند أبي حنيفة خلافا لهما قوله ولهذا لا يفترقان
في الحر في حق الحرية أي ولهذا أن وجوب الصلة يتعلق بقرابة الولاد
وغيرها من ذوي الأرحام المحرمات لم يفترق في حق الحر في الحرية
القرابتان جميعا حتى إن الحر إذا ملك قرابة الولاد يعتق عليه ويعتق
أيضا إذا ملك الإخوة والأخوات والأعمام والعمات وعندنا ينبغي
أن لا يفترق القرابتان في حق المكاتب أيضا فإذا ملك قرابة الولاد
يكاتبون عليه فينبغي أن يكاتب [illegible] إذا ملك سائر ذوي الأرحام المحرمات
من غير قرابة الولاد ولقائل أن يمنع هذا ويقول لا يفترق في
القضاء المكاتب حتى لا يكاتب عليه أبوه أي إنه إذا ملكهم على رواية المجرد
والفرق بين الحر والمكاتب على رواية التسليم ما ذكرناه قبل هذا في
الاستحسان قوله وله أن المكاتب كسبا لا ملكا [illegible] حقيقة الملك أي
ليس له ملك كامل ولهذا إذا اشترى زوجته لا يفسد النكاح [illegible]
[illegible] ولا هبته ولا كفالته [illegible] والقدرة على الكسب
تكفي لإيجاب الصلة في الولاد ولهذا تجب على القادر على الكسب نفقة الولاد
ولا تجب عليه الصلة في غير الولاد ولهذا لا تجب نفقة الأخ على الأخ المعسر
إلا إذا كان موسرا فلما كان كذلك قلنا إن المكاتب له كسب ويكفي ذلك للصلة
في الولاد فيكاتب عليه قرابة الولاد ولا يكفي ذلك للصلة في غير الولاد
فلا يتكاتب عليه الأخ والعم ونحوهما قوله ولأن هذه [illegible] متوسطة
تتوسط بين بني الأعمام وقرابة الولاد إلى آخره يعني أن القرابة [illegible]

ونحوانه

فلانه قرابة لكن قرابة الولاد يثبت بها حرمة النكاح وترد الشهادة
بعينه لكن قرابة بني الاعمام لا يثبت بها حرمة النكاح وترد الشهادة
وقرابة متوسطة وهي قرابة ذي الرحم المحرم غير قرابة الولاد كقرابة
الاخوة والاعمام يكون ذلك يثبت بها حرمة النكاح ولا تقبل شهادة
بعضهم لبعض فاذا كانت هذه القرابة متوسطة الحقناها بالقرابة
القريبة والبعيدة جميعا لانها ذات حظ من الجانبين فالحقناها بالقريبة
في حق العتق حتى اذا ملك الحر اخاه او عمه يعتق عليه كما اذا ملك اباه
او ابنه والحقناها بالبعيدة في حق الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه او عمه
لا يكاتب عليه كما اذا ملك ابن عمه ولم نعكس في الالحاق لان العتق مع
نفاذه لما كان اقوى كقرابة الولاد فيناسبه وهذا لا يكون فسخ العتق
اصلا والكتابة تقبل الفسخ بالقضاء والتراضي فجعلنا الحاق الشركة
اذا اعتق لمن تركه فيحنه واذا كان ليس لمن تركه يفسخه قوله
قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها اي قال
القدوري في مختصره ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابن سماعة قال
مكاتب اشترى امرأته وقد ولدت منه ثم مات قال ابو حنيفة لا مال
كان بيعها ولم يسعف والامام ثم قال محمد عليها ان تسعى كان معها ولد
او لم يكن وهكذا كان يقول يعقوب ثم رجع الى قول ابي حنيفة الى هنا لفظ الاجناس
ثم قال [illegible] في المكاتب رواية ابي سليمان ان لم يكن معها ولد فلها ان تمضي على
الكتابة كما في الحال لم تقبل ذلك منها وشاع في قول ابي حنيفة ثم قال
في المكاتب [illegible] ان اشترى المكاتب ام ولده وليس معها ولد له بيعها
في قول ابي حنيفة ام ولده اذا اشترى [illegible] لم يستطع بيعها وان
لم تتعيبا [illegible] على المكاتب لكن [illegible] مال الكتابة [illegible] كذا
في الاجناس وقال الحاكم الشهيد في الكافي في باب شرى المكاتب
واذا ترك المكاتب ام ولد [illegible] ولدها [illegible] سعت في المكاتبة
وان كان معها ولد استسعت فيها على الاجل الذي كان للمكاتب
صغيرا كان ولدها او كبيرا وان كان ترك مالا لم يؤخر الى اجله وصار
حالا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد حال ام الولد بمنزلة الولد
كالجامع الولد في جميع ذلك الى هنا لفظ الحاكم في الكافي اما دخول
الولد في الكتابة فلما قلنا في الفصل الذي قبله لانه لو اشتراه وهو
من اهل الاعتاق يعتق عليه فلما اشتراه وهو من اهل الكتابة لا من
اهل الاعتاق فتكاتب عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان وهو اقوى حكما

قل

قلنا ذكرنا فاما عدم جواز بيعها اذا كان معها ولدها فبما لا تعارف لان حق
الحرية ثبت لها تبعا لولدها بقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وكذلك
الحكم مستحقها اذا لم يكن معها ولد لان ام الولد استحقت حق الحرية فيمنع
بيعها كيلا يلزم ابطال حق الحرية ولابي حنيفة ان حق المكاتب انما
يظهر فيما له فيه حاجة اصلية والمكاتب لا يحتاج في ثبوت الحق
لام ولده ابتداء [illegible] ملكها وهو عبد فتباع ام ولده اذا مات عاجزا
بخلاف ما اذا كان معها ولد حيث لا يجوز بيعها لانا نبقيها العقد على الولد
لان ولد المكاتب يكاتب عليه فاذا بقي فيه يبقى في الام تبعا لان الولد هو الاصل
في هذا الحق فلم يجز بيعها [illegible]
جواز بيعها وان كان معها ولد لان جواز الاستيلاد لا يفسخ بملك
المكاتب موقوف على ان يتعلق [illegible] فلا يحتمل الفسخ لا يجوز [illegible]
فلا يكون ان يثبت ضمن الادنى لان الشيء لا يتضمن ما هو فوقه وان قال
الكتابة موقوف على مولاه فاذا ادى الكتابة كان الفاضل للمكاتب
وان عجز ورد في الرق كان الكل لمولاه ثم لم يثبت الاستيلاد في جارية
المكاتب بدعوى المولى فكذا بدعوى المكاتب لان الدعوى صادفت ملكا
موقوفا [illegible] ولان حق الحرية ثبت لها
على طريق التبعية للولد الا ترى ان المكاتب اذا مات وخلف الولد
يسعى والام [illegible] واذا انفردت الام لم يوجد [illegible]
بيعها ولهذا الحكم على اصل القياس قوله وان ولد له ولد
من امة له دخل في كتابته هذا لفظ القدوري في مختصره
فكان حكمه حكمه وكسبه له اي كان ولد المكاتب [illegible] التي
اشتراها دخل الولد في كتابته فكان حكم الولد حكم المكاتب
وكسب الولد للمكاتب وذلك لان الولد كسبه وكسب الولد كسب كسبه فيكون
له وانما كان حكم الولد حكمه لان الولد من حكمه ان يتبع الاب فيما لم [illegible]
الام [illegible] الا ترى ان ولد الحر من امته حر الا [illegible] في ملكه
فلم يتعلق حكمه الى غيره وكذلك ولد المكاتب من امته يكون في حكمه
وكذلك [illegible] يدخل ولد المكاتب [illegible] كما قلنا وقال
ابو يوسف يدخل في الكتابة ولكنه يعتق بعتقها في احد القولين والعتق
على القول الاخر كذا في شرح الاقطع ولنا ان الكتابة حق حرية فيمنع البيع
فيسري الى الولد كالاستيلاد ولان الاستيلاد لا يوجب زوال اليد
فاذا سرى الى الولد فالكتابة بذلك اولى لانها توجب زوال يد المولى عن [illegible]

الولد اما ان يكون ملكا للمولى او للمكاتب ولا يجوز ان يكون ملكا للمكاتب
لانه لا يكون شيئا على شيء الا ان يكون ملكا للمولى وهو لم يرض الا بالكتابة
الا من خاصة فلا يلزمه ما لم يرض به فيبطل لهذا النفع موجود
في ام الولد فيتبعها في حكمها فاي [illegible] فصلوا به هناك وهو الجواب
في مسئلتنا فاذا ثبت ان الولد في حكم المكاتب يدخل في كتابته [illegible]
كسبه له لانه اذا لم يوجد الدعوة منه كان الولد بعد الدعوة [illegible]
وهذا معنى قوله ويكون كسبه له قبل الدعوة فلا يسقط بالدعوة
اختصاصه اي اختصاص المكاتب بكسبه يليه نفي اختصاصه الذي كان
ثابتا قبل الدعوة فان قلت المكاتب لا يملك التسري وقد صرح
الحسن بن زياد في كتاب المحرر ان المكاتب لا يتسرى بكل حال
القدوري وان ولد له من امة دخل في كتابته فيلزم من هذا جواز
التسري اي لا يثبت نسب الولد منه وان لا يدخل في كتابته لان الوطي
بالشبهة يكفي لثبات النسب فالمكاتب يملك الوطي بحكم كتابته وقد صرح
بذلك في المحرر ايضا حيث قال وليس للمكاتب ان يتسرى جارية وليس له
ان يتزوج امرأة حرة ولا امة الا باذن مولاه فان فعل ثم وطئ فولدت له ولدا
فادعاه كان ابنه ونسب الشبهة لفظ الحسن ولهذا اذا ادعى الولد ولد
جارية مكاتبة صح النسب للشبهة وان لم يحل الوطي وكذا اذا ادعى احد
الشريكين ولد الجارية المشتركة ثبت النسب مع ان الوطي لا يحل وكذا اذا استولد
الاب جارية ابنه مع ان الوطي لا يحل للشبهة [illegible]
المولى اذا ادعى ولد جارية [illegible] وجارية المكاتب لا يحل للمكاتب
ففي هذه الصور كلها يثبت النسب للشبهة فكذا يثبت للمكاتب في ولد امته
ايضا قوله لما بينا في المشترى اي في الولد المشترى اشارة الى ما ذكر
بقوله في اول الفصل لانه من اهل ان يكاتب قوله وكذا اذا ولدت
المكاتبة ولدا ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وهو قوله [illegible] رجل
ولد المكاتبة من زوجها في كتابتها كما دخل ولد ام المكاتبة كتابته
قوله لان امتناع البيع ثابت فيها وكذا يسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد وهذا لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد
كما في التدبير والاستيلاد واحترز بقوله موكدا عن الامة الآبقة
فانه لا يجوز بيعها ولكن امتناع البيع فيها ليس بموكد لانه عرضة للزوال الا ترى
[illegible] الامتناع الى ولدها في حق بيع الولد قوله قال ومن زوج امته
من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتهما وكان كسبه لها

ان قال

 كفنها

اي قال القدوري في مختصره وذكر ان الولد يدخل في كتابته لان الابوين [illegible]
للصلة عليها ما مر في اول الفصل ولكن كسب الولد للام دون الاب لان
تبعيته للام دون الاب ارجح لان الولد جزؤها حقيقة ولكن حكم منفصل
من الاب [illegible] منه [illegible] وحين انفصل من الام انفصل [illegible]
فكان تبعيتها ارجح فكان يختص بكسبه ولان [illegible] حرية [illegible]
الولد من الام فالولد يتبع الام في الرق والحرية فلهذا كانت [illegible] يختص
بكسب الولد قوله قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت
انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم
بالقيمة وكذلك العبد [illegible] اذن له مولاه بالتزويج اي قال في الجامع الصغير
وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المكاتب ياذن له مولاه في
التزويج فيتزوج امرأة فتزعم انها حرة فيتزوجها فولدت له اولادا
ثم استحقها رجل بالبينة انها له قال الاولاد عبيد ولا ياخذهم بالقيمة
وكذلك العبد ياذن له مولاه بالتزويج الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى وقد ذكروا في شروح الجامع الصغير [illegible]
والكثير منهم ذكروا قول ابي يوسف مع ابي حنيفة اما الفقيه ابو الليث
فقد ذكر قول ابي يوسف مع محمد وما ذكره غير الفقيه صح لانه قوله
المرجوع اليه وقد صرح القدوري في كتاب النكاح من التقريب فقال
ابو حنيفة وابو يوسف يثبت للعبد حكم الغرور واولاده عبيد وروى
زفر عن ابي حنيفة انه يكون مغرورا وهو قول ابي يوسف الاول وذكر
رجوعه في الدعوى وقال محمد اولاده احرار الى هنا لفظ كتاب التقريب
قال في شرح الطحاوي [illegible] المكاتب [illegible] علينا
ثم استحقت كان عليه [illegible] عقرها ويوخذ من
المكاتبة [illegible] ولو تزوج امرأة على انها حرة فاذا هي امة لرجل ثم ان
مولاها [illegible] بالنكاح فالنكاح فاسد ويوخذ العقر بعد الحرية الا
اذا كانت بكرا فافتضها يوخذ في الحال لانه ضمان جناية هذا
اذا كان المولى لم ياذن للمكاتب في النكاح فان كان اذن له فالعقر
يوخذ منه في الحال لان الاذن في النكاح يتناول الجائز والفاسد اذا كان
المولى لم ياذن للمكاتب في النكاح فاذا كان اذن له فالعقر يوخذ في الحال
لان الاذن في النكاح يتناول الجائز والفاسد جميعا وهو الاصل [illegible]
له فان ولدت ثم استحقت الجارية فانه يسترد الجارية والولد يكون رقيقا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يكون الولد حرا بالقيمة الى هنا

لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي رحمه الله قول محمد في ان الولد حر
بالقيمة لو كانت المكاتبة الى المستحق ان اعتق ان العبد يشارك الحر في سبب
حق استحقاق حرية الاولاد فيثبت اثره في الحكم لان الاشتراك في السبب
يوجب الاشتراك في الحكم لا محالة ولا نسلم ان العبد مع الحر استويا في سبب
الولد على القيمة فان حق استحقاق القيمة اذا ملكا النكاح ملكا الطلاق
وهنا لان الحر المغرور يقصد حرية الاولاد وقد غرها كسب صحيح له
بكل وذلك السبب الاستحقاق وجد في حق المغرور حرية الاولاد
بالقيمة نظرا للجانبين جانب المغرور وجانب المستحق والعبد ايضا
يقصد حرية اولاده بسبب صحيح فبطل السبب وذلك الحرية الحكم وهو وجوب
حقه كحرية اولاده بالقيمة فيكون اولاده احرارا بالقيمة كما في الحر
ووجه قولهما ان الولد يعلق من ماء رقيق فيكون رقيقا كما لو كان
عالما بحالها وكان القياس في ولد المغرور الحر كذلك اعتبارا بحال
الام الا انا تركنا القياس باجماع الصحابة في ولد الحر فبقي عليه
ولد العبد لان القياس لا يمكن هنا لان تعدية الحكم من الاصل
الى الفرع هو نظيره لعينه وهنا لا مماثلة بين الفرع والاصل
لان الفرع حكم في الاصل حرية الاولاد ابقاء لما الحر على الحرية نظرا
للمغرور ونظرا بالقيمة في الحال نظرا للمستحق وفي الفرع لو ثبت حرية الاولاد
لا يثبت ابقاء لماء المغرور على الحرية لان المغرور هنا عبد بل يثبت الحرية
ابتداء في الولد لا ابقاء على ابقاء ماء المغرور على الحرية وايضا اذا ثبت
الحرية بالقيمة لا يؤاخذ المكاتب بها في الحال بل يؤديها بعد العتق
وفي ذلك ضرر بالمستحق فقد القياس لعدم الاصل للفرع وانما لم يعتبر
العتق لانه تبرع والكفالة لا تلزم العبد ولا يؤاخذ بذلك في الحال لانه ضمان لا
يقابله مال ولان المغرور في الاصل حر فيزداد في حق ولدها بالحرية ضرر بان
يرق ولده وفي الفرع رقيق فلم يلحقه معنى يرد به الشرع فتعذر
التعدية [illegible] في ولد المغرور [illegible] مستوفى مع اخواتها الدعوى [illegible]
هذا [illegible] ان شاء الله تعالى قوله ولا يأخذهم بالقيمة اي لا يأخذ المكاتب
اولاده بقيمة يؤديها بعد العتق الى المستحق قوله في سبب [illegible] هذا
الحق وهو الغرور اراد بهذا الحق حق استحقاق حرية الاولاد بالقيمة
حتى يكون راجعا الى السبب قوله وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لنيل
حرية الاولاد اشارة الى تعليل ذلك الحق في سبب هذا الحق يعني
انما جعلنا ان المكاتب [illegible] ذلك الحق المغرور [illegible] المكاتب [illegible]

في

في نكاح امرأة رغبت انها حرة الا لينال حرية الاولاد كما في الحر ١٤٥
قوله خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة وهو المروي [illegible] معناه اي
تركنا الاصل الذي هو كون الولد تابعا لامه في الرق والحرية حرية الاولاد
[illegible] الاجماع والعبد ليس في معنى الحر لما بينا فلا يلحق به لعدم المماثلة
فيبقى ولد العبد رقيقا على ما هو الاصل قوله بعقر تأخذه اي [illegible] قوله
بالزنا [illegible] وطي المكاتب امة [illegible] بملك يمين ثم استحقها
رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح
لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له اي في الحر بالعقر
قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ولا يلزم المكاتب صداق امرأة
في نكاح بغير اذن مولاه حتى يعتق ويلزمه ذلك في الشراء غير انه [illegible]
الى هنا لفظ الحاكم اعلم ان المكاتب اذا اشترى امة [illegible] وطئها
ومع هذا لو وطئها ثم استحقت يلزمه العقر في الحال ولو اراد ان يتزوج
امرأة بغير اذن المولى ومع هذا لو فعل ووطئها لم يؤاخذ بعقرها
الا بعد العتق [illegible] الصورة الاولى وجب العقر بالشراء لانه لولا الشراء لوجب عليه الحد
[illegible] وجب العقر وهو ملك الشراء لانه يملك التجارة فصار
العقر [illegible] مقابلا بغير ما هو من توابع التجارة [illegible]
وان لم يملك [illegible] من التجارة [illegible] المكاتب [illegible]
[illegible] لكونها من توابع التجارة [illegible]
[illegible] العقر الى التجارة [illegible]
[illegible] في الحال [illegible] النكاح
ان المهر وجب [illegible] من جملة الاكتساب لان النكاح ليس بالتجارة
[illegible] المهر الذي [illegible] داخلا في [illegible]
بغير اذن المولى [illegible] الى العتق كما اذا تكفل [illegible]
محجورا عليه [illegible] هذا اخذ بعد العتق كما اذا اقر العبد المحجور
على نفسه بالدين وكذلك العبد المأذون له في التجارة اذا وطئ [illegible]
او وطئ امرأة تزوجها يؤاخذ بالعقر في الاول في الحال وفي الثاني
بعد العتق [illegible] ان المكاتب انما يؤخذ بالعقر في النكاح
بعد العتق اذا كانت المرأة ثيبا اما اذا كانت بكرا فافتضها يؤخذ
به في الحال [illegible] هكذا في شرح الطحاوي وكذلك العقر
يؤخذ في الحال [illegible] كانت المرأة ثيبا اذا كان المولى اذن له في
النكاح وقد مر ذكره قبل هذا ايضا وكذا الجواب فيما اذا اشترى المكاتب
[illegible]

العقد

شرا فاسدا فوطئها ثم ردت على البائع أخذ بالعقر في الحال وكذلك
المأذون له في التجارة إذا اشترى جارية شراء فاسدا فوطئها ثم ردت على
بائعها يؤاخذ بالعقر في الحال لأنه يؤخذ في العتق لأن ضمان العقر
مبني على الشراء فلما أذن له في الشراء من جهة السيد مطلقا تنتظم
الجائز والفاسد جميعا فصار كأنه أذن في حق المولى وهو من توابع
الشراء فلأجل هذا أخذ به في الحال فصار كما إذا وكله
ببيع عبده مطلقا فيقع ذلك على الجائز والفاسد جميعا **قوله** فيتظمه
نوعيه أي فينتظم إذن المولى نوعي التصرف الصحيح والفاسد **قوله**
فكان ظاهرا أي العقد ظاهرا **فصل** قيل إنما كان هذا الفصل
من جنس ما قبله الفصل المتقدم ولكنها نوع منه فلهذا فصله بفصل على حدة
بالذكر **قوله** وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت
على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد وهذا لفظ القدوري
في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وإذا ولدت المكاتبة من مولاها
خيرت فإن شاءت أبطلت الكتابة وكانت أم ولده وإن شاءت مضت عليها
وأخذت العقر أي هذا لفظ الكافي وذلك لأنه إنما تخيرت لتلقيها جهتا
عتق جهة الكتابة ببدل وعتق بجهة الاستيلاد بغير بدل فمن كل
منهما فائدة وهي تحصيل الحرية بلا بدل فكان لها الخيار فإذا اختارت
العتق بجهة الكتابة أخذت العقر من مولاها لأنها بالكتابة صارت أحق
بمنافعها وينسب ولدها من المولى لأن العلوق من المولى في ملكه
الرقبة فلا حاجة إلى التصديق والاستيلاد وإن لم يكن له ملك اليد لأن النسب
وهنا يثبت لأن للمولى فيها حقيقة الملك وإن سقط بالكتابة وصار ذلك
بدليل السيد عتقت كونه في الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي في المكاتبة
إذا جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر ولا تلد بادعاه المولى يثبت النسب
صدقته المكاتبة أو كذبته فإن صدقته فظاهر وإن كذبته فكذلك
لأنها تنفي لعتق كأنه ثبت ولدها في ذل الرق فإذا حصل
مقصودها بالعقر فإن العقد تكذيبها لأنها بالخيار إن شاءت عجزت نفسها
فتصير أم ولده فيسقط العقر وإن شاءت مضت على الكتابة وأخذت
العقر فتستعين به في أداء بدل الكتابة إذ كان العلوق في حالة
الكتابة لأن المولى كالأجنبي في منافعها ومكاسبها والعقر بدل
بضعها **قوله** على ما قدمناه إشارة إلى ما ذكر قبيل فصل الكتابة
الفاسدة بقوله وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لأنها صارت

احص

احص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة **قوله** ولو ولدت
ولدا آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي ذكره تفريعا على مسألة
القدوري قال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا ولدت المكاتبة من
المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى
إلا أن يدعي ذلك لأن وطئها حرام على المولى بسبب الكتابة لأنه لا يحل
له وطء المكاتبة ولكنها مملوكته وولدها ولد المملوكة فلا يلزمه
بدون الدعوة لا يقال ينبغي أن يثبت نسب الولد الثاني بلا دعوة لأنه
ولد أم الولد لأنا نقول ولد أم الولد الذي لا يحرم وطئها لا يحل
وهذه يحرم وطئها لأجل الكتابة فلو لم يدع المولى الولد الثاني يجب أن
المكاتبة بلا ريب سعى هذا الولد هو الولد الذي نسخ كتابة أمه
لأنه مكاتب تبعا للأم فلو مات المولى بعد موت المكاتبة قبل مضي
سقط عنه السعاية لأنه ولد أم الولد فكان بمنزلتها وهي لا تسعى بعد
السيد فكذا ولدها **قوله** وإذا كاتب المولى أم ولده جاز أي قال
القدوري في مختصره اعلم أن كتابة أم الولد جائزة لكتابة الأمة
لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم
إن علمتم فيهم خيرا لأن أم الولد مملوكة للمولى والملك فيها باق بعد
الاستيلاد فلهذا يجوز للمولى وطئها وإجارتها واستخدامها إلا أنه
لا يجوز إخراجها من ملكه إلى غيره بوجه من الوجوه لئلا يلزم بطلان
استحقاقها الحرية فلما كان الملك باقيا جاز كتابتها لأنه عقد على
ما هو مملوك للمولى فإن قيل رق أم الولد لا قيمة له عند أبي حنيفة
فينبغي أن لا يجوز أخذ العوض عنه بالكتابة قيل لا رقها قيمته في
السعاية ولهذا قيمته لها في العقود والسعايات ألا ترى أن أم الولد النصراني
إذا أسلمت لزمتها السعاية لهذا المعنى كذا في شرح الأقطع ولأن في كتابة
أم الولد إيصال حقها إليها معجلا في زمان حياته إلى ذلك **قوله**
فلقيتها جهتا حرية وهي حصول الحرية بالتدبير معجلا أو حصولها
بلا بدل مؤجلا **قوله** فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد يعني إن مات
المولى قبل أداء بدل الكتابة ولفظ القدوري فإن مات المولى سقط عنها
مال الكتابة وكذا أنشأه في شرح الأقطع قال الحاكم الشهيد في الكافي
فإن مات المولى قبل أن تؤدي عتقت ولم يسع عليها هذا لفظه و
ذلك لأنها استحقت الحرية من جهتين جهة الكتابة وجهة الاستيلاد
فإذا حصلت الحرية من إحدى الجهتين سقطت الجهة الأخرى

وذلك انما تقابلها من البدل لانها كانت تؤدي البدل لتحصل لها الحرية
وقد حصلت مجانا فلا يجب عليها شيء قال صاحب الهداية هو
انه لم يسلم لها الاكتساب والاولاد لان الكتابة فسخت قبل البدل فتحصل
لها الحرية وقد حصلت مجانا فلا يجب عليها شيء قال صاحب الهداية لانه (ولفقت في نسخة)
لانه لم يسلم لها الاكتساب والاولاد لان الفسخ للنظر لها والنظر
فيما ذكرناه اي في ابقاء الكتابة في حق الاكساب والاولاد وكانه قال هذا
جواب لسؤال مقدر بان يقال لما عتقت بموت المولى بالاستيلاد سقط
بطل الكتابة ينبغي ان تكون الاكساب لمولاها كما في المكاتب
فانه له اذا فصل عن البدل فقال في جوابه انما انفسخت الكتابة في
حق سقوط البدل عن ام الولد نظرا لها والنظر لها في ان تكون
الاكساب لها تبقى الكتابة باقية غير مفسوخة في حق الاكساب هذا
ما اقتضاه كلامه ولم يجد عنه الرواية منصوصة فلعله ان يقول صح
النظر لها في ان تعود اليها وحقها الحرية وقد حصل لها في ابطال حق
الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكان ماليته ولم يعتق قبل
قبل موت المولى بل هي مملوكة فينبغي ان يكون الكسب للمولى لا لها
لانها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة وليس في كلامه لم يسلم لها الاولاد
ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد في التعليل الذي ذكره لان الكتابة
لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم
ولد ام الولد حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة قوله ولو ادت المكاتبة
قبل موت المولى عتقت بالكتابة اي لو ادت ام الولد التي كاتبها مولاها
بدل الكتابة قبل موت سيدها عتقت بالكتابة لا بالاستيلاد لان الكتابة
صحت ولم تنفسخ قوله فان كاتب مدبرته فان قال العردوي
في مختصره وانما جازت كتابة المدبر لقيام الرق فيه الا انه استحق الحرية
من وجه فاستحقاقها من وجه لا ينافي استحقاقها من وجه اخر
كما ذكرت وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
له مدبرة كاتبها في صحته على مائة درهم وقيمتها الف درهم وليس له مال غيره
ثم مات المولى قال ان شاء العبد سعى في جميع المكاتبة وان شاء سعى في ثلثي
قيمته وان كان التدبير بعد الكتابة يعني ثلثي المكاتبة فان شاء
سعى في ثلثي قيمته وقال ابو يوسف ومحمد يسعى في الاقل من ذلك الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر في الجامع الصغير خلافا في الكون
ومحمد في المسئلة الاولى كما نرى فلا حاجة هنا الى شرح الحال واحتج الى انا وبل

قال

قال فخر الاسلام علي البزدوي في شرحه لزيادات في المسئلة الثانية ١٤٧
فاما في المسئلة الاولى فعند ابي يوسف يسعى في الذي يقدره ابو حنيفة
وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي كتابته وقال
الحاكم الشهيد في الكافي واذا كاتب الرجل مدبرها ثم مات وهو
يخرج من ثلثه عتق وبطلت عنه الكتابة وان لم يكن له مال غيره
فان شاء سعى في الكتابة وان شاء سعى في ثلثي القيمة في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف يسعى في الاقل من ذلك ولا يخير وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي
القيمة ومن ثلثي الكتابة قال ابو الفضل وقول محمد هذا خلاف
ما قاله في الجامع الصغير الى هنا لفظ ابي الفضل الحاكم الشهيد
ثم الخلاف في الفصل الاول في موضعين في الخيار والمقدار فقال
ابو حنيفة وابو يوسف المقدار جميعا لانه يسعى في ثلثي القيمة او كل بدل
الكتابة وخالفهما محمد حيث قال يسعى في ثلثي بدل الكتابة واتفق ابو يوسف
ومحمد في ترك الخيار حيث قالا يسعى بلا خيار وخالفهما ابو حنيفة
حيث اثبت الخيار وفي الفصل الثاني لا خلاف في المقدار لانه يسقط ثلث
بدل الكتابة بالاتفاق والخلاف في الخيار فعند ابي حنيفة يسعى في ثلثي
بدل الكتابة او ثلثي القيمة وله الخيار في ايهما شاء وعندهما يسعى في الاقل
بلا خيار اما الخلاف في الخيار فهو بناء على ان العتق يتجزى عند ابي حنيفة
خلافا لهما فعند ابي حنيفة لما كان متجزيا لم يعتق الكل بعد
موت السيد حقا لانه لم يخرج من الثلث بل عتق ثلثه لان عتق المدبر
وصية فاذا كان كذلك يلقاه جهتا حرية في ثلثيه وهي الكتابة
والتدبير فالكتابة منجمة مؤجلة ويسعى بالتدبير حالة معجلة
فكان التخيير بين الاجل والعاجل مفيدا فيميل الى ايتهما شاء لتفاوت
الامرين وعندهما لما لم يتجزأ العتق عتق كله بعتق ثلثه بالتدبير
ويتدرج عليه احد المالين فيسعى في الاقل لان العاقل لا يختار الا الاقل
واما الخلاف في المقدار فلمحمد انه لو عتق كله بحكم الوصية بان خرج
من الثلث سقط جميع بدل الكتابة فاذا لم يخرج من الثلث الا ثلثه يجب
ان يسقط ثلث بدل الكتابة اعتبارا للبعض بالكل كما لو كاتب
ثم دبر ثم مات ولان من حكم التدبير ان يوقع عتقا بعد
الموت فصار المتقدم من التدبير والمتاخر سواء والفقيه ابو الليث
ذكر في شرح الجامع الصغير يقول محمد نحن نقول في الوجهين جميعا باعتبار
جميع بدل الكتابة ان الكتابة حصلت بعد انعقاد سبب العتق وهو
التدبير

والتدبير يوجب استحقاق العتق في ثلث الرقبة لا محالة فإذا كان
بعد التدبير كان بدل الكتابة بجميعه مقابلا بثلثي الرقبة لأن ثلث
الرقبة مستحق الحرية فلا يسقط من بدل الكتابة شيء لأنه يصرف
بدل الكتابة إلى ما يصح مقابلته به أي إلى ما لا يصح مقابلته كما إذا
طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف يكون جميع الألف
مقابلا بما بقي من الطلاق حتى لا يسقط من الألف شيء كذا هنا
بخلاف ما إذا كاتبه ثم دبره لأنه حين كاتبه كان العبد محلا
لاستحقاق الحرية بوجه قبل الكتابة فصار بدل الكتابة بإزاء جميع
رقبته فإذا أعتق الثلث بالتدبير سقط ثلث البدل لا محالة **قوله**
فإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها
أو جميع مال الكتابة هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا قول أبي حنيفة
وقد بينا مأخذه من الخلاف **قوله** للاستحقاق عنده نصفي ما كان يستحق
العبد الحرية عند عقد الكتابة ولم يرض به **قوله** فما عرفنا أي
أثمرت بتخريج الكتابة على التدبير وتأخرها فلم يصح مما في محل
على تقدمها **قوله** فإن دبر مكاتبته صح التدبير أي قال القدوري
في مختصره وذلك لأن الرق قائم في المدبر والمكاتب فيجعل التدبير
والكتابة لما تكون كتابة المدبر لقيام الرق فيه تكون تدبير المكاتب
أيضا لقيام الرق فيه يدل على ذلك إطلاق قوله تعالى والذين يبتغون
الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا **قوله** لما بينا إشارة
إلى قوله تلقاها جهتا حرية **قوله** ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة
وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة هذا لفظ القدوري في مختصره
قال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا دبرها فهي مكاتبة كما كانت وإن نقض
المكاتبة وكانت مدبرة وإن شاءت مضت على الكتابة وهذا لفظه وذلك
لأنه تصدق لها سببا عتق أحدهما عاجل ببدل والآخر آجل بغير بدل
فكان لها أن تختار أيهما شاءت **قوله** فإن مضت على كتابتها فمات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة
أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة هذا لفظ القدوري في مختصره وقد مر
بيانه في المسألة المتقدمة **قوله** فالخلاف في هذا الفصل
في الخيار فعنده لها الخيار عند أبي حنيفة لها الخيار إن شاءت سعت في ثلثي
بدل الكتابة وإن شاءت في ثلثي القيمة لأن عند أبي حنيفة العتق يتجزى
فتجزي فبقي رقيقة لتحصل لها العتق بأحد الوجهين وبيانه كلو منهما

فائدة

~~بأن العتق لا يتجزأ عنده~~ فائدة لأن أداء أكثر المالين ربما يكون أيسر من
الأقل باعتبار الآجل وعندهما يسعى في الأقل بلا خيار لأن
العتق لا يتجزى عندهما فصار كلها معتقا فصار حرة حالة
السعاية وعليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة وهذا
معنى قوله بناء على ما ذكرنا أي على تجزي الإعتاق وعدمه والخلاف
متفق هنا في المقدار لأن الكتابة لما كانت سابقة على التدبير
كان كل البدل مقابلا بالكل فإذا أعتق ثلث الرقبة
بعد ذلك بالتدبير سقط ثلث البدل ويبقى الثلثان وهذا معنى
قوله وقد خرجناه فيما بينا إشارة إلى قوله لأن البدل مقابل بالكل
قوله فإن أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه أي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه ويسقط بدل الكتابة وأراد بالعتق الإعتاق
مجازا باستعارة المعلول لعلته أي أعتقه بإعتاقه وهذا فلأن المكا
تب رقبته على ملك المولى فيصح إعتاقه لأن الإعتاق إزالة ملك
مجرد مفض زوال كله إلى العتق وقد حصل الإزالة فيصح كما في
غير المكاتب وأما سقوط بدل الكتابة فلأن العبد إنما التزم البدل
لتحصيل الحرية بأدائه وقد حصلت قبل أدائه فلا حاجة إلى
إيجاب البدل قال صاحب الهداية والكتابة وإن كانت لازمة في جانب
المولى لكنه تفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه
بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه أي في حق
الكسب وكأنه قال هذا جواب السؤال بأن يقال الكتابة لازمة في جانب
المولى حتى لا يجوز له فسخها ولا إبطالها فكيف جاز إعتاقه فقال يجوز
فسخ الكتابة برضا العبد لأنه عقد يقال ويفسخ وهذا يجوز بيع
المكاتب برضاه وكذا إجارته برضاه والظاهر من حاله
أنه يرضى بالإعتاق ليحصل له الحرية بلا عوض ويسلم له الاكتساب
وهذا هو المفهوم من ظاهر كلامه ولكن هذا البيان تكلف
لا حاجة إليه لأن لزوم الكتابة في حق المولى لئلا يبطل حق
المكاتب في استحقاق الحرية حتى لا يجوز بيعه بلا رضاه والتصرف في
مكاسبه ومن الإعتاق يتحقق حقه مجانا فلا يلزم من ذلك إبطال حقه
فلا حاجة إلى أن يقال والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه ويقول صاحب
الهداية مع سلامة الأكساب له يفهم منه أن الأكساب تسلم للمكاتب
بعد الإعتاق وعنه نظر لأن الرواية لم توجد في كتب محمد ومن بعده

حتى المعتق بشق للحاوي في الكرخي وابي الليث وغيرهم بمعنى انه لا يكون الولا
للمولى بعد ما اعتقه كما يوجد في كتب محمد بعد عجز المكاتب نزل
على هذا روايات الزيادات قال عبد في مكاتب بين اثنين اعتق احدهما نصيبه
ونصيب صاحبه باق على حاله في قول ابي حنيفة لا انه
ثم سلف سنا كذا ثم بين اثنين اعتقه احدهما الا انه عليه نصيبه الملفحم
وحال بينه وبينه حتى قطع الخدمة وعند ابي يوسف ومحمد العتق الكل
وتضمن نصيب صاحبه ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى في قيمتها قال
ابو يوسف تضمن نصف قيمته مكاتبا بالغا ما بلغ وقال محمد تضمن الاقل من
نصف قيمته ومن نصف بدل الكتابة لان حق الذي لم يعتق احد الشيئين
اما الرقبة بالعجز واما الكتابة بالاداء فلا تكمل موسرا وموجب ذكر وجل
الفضل فاحتج ابو يوسف بان الاعتاق يبطل معنى الكتابة فكيف يعتبر
الكتابة مالا وكيف يعتبر للضمان وقد ثبت رجعا فيه الى الرقبة
فيضمن نصف القيمة بالغا ما بلغ كما في القن وعند محمد ان الكتابة يبطل
بالاعتاق فكيف يكون الاكتاب بعد الاعتاق سالمة للعبد دون
المولى وبدل الصا على ما قلنا ما ذكر محمد في الاصل ... اثبته في مختصر
الكافي للحاكم الشهيد وفي شرحه وفي ابواب متفرقة قبيل المبسوط في باب
مكاتبة المريض كما ذكر محمد في الحاكم رجل كاتب عبده في صحته
على الف درهم وقيمته خمسمائة درهم فلما حضره الموت اعتقه ثم مات
ولم يترك مالا غيره قال يسعى في ثلثي قيمته ويبطل الكتابة لانه لم يكن له
ثم قال ولو كان المولى قد استوفى منه قبل ذلك خمسمائة ثم اعتقه في مرضه
يسعى في ثلثي قيمته ولم يحتسب له بشيء مما ادى قبل ذلك فان كان ادى الكتابة
الا مائة درهم ثم اعتقه في مرضه او وهب له المائة يسعى في ثلثي القيمة
لا في اقل الشيئين وقال ابو حنيفة اذا كاتبه في صحته ثم اعتقه في المرض
يسعى في ثلثي قيمته وان شاء في ثلثي ما عليه من الكتابة الى هنا لفظ
الكافي وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه
ولم يحتسب له بشيء مما ادى قبل ذلك لان الاداء كان بجهة الكتابة
وقد انتقض تلك الجهة بالعتق فكانت السعاية للعتق لا لجهة الكتابة
ثم يحتسب له ذلك لان الكتابة بقي بعد العتق لافادة الاختصاص وفي تلك
الجهة لم يبق الاختصاص فكان السيد احق بكسبه فلا يحسب عليه
هذا لفظه فعلم بهذا ان الكتابة بعد الاعتاق لا تسلم للمكاتب
فلو كانت تسلم للمكاتب لما صار الاعتاق محسوبا على المولى فافهمه ان شاء الله تعالى

ثم لعجي

ثم ينبغي لك ان تعلم ان عقد الكتابة لازم في حق المولى حتى لا يملك فسخه
الا برضا المكاتب وغير لازم في حق المكاتب حتى ان له ان يعجز
نفسه فيفسخ عقد الكتابة بدون رضا المولى الا انه اذا اخل بنجم
ثم يؤد يجوز للمولى ان يفسخ العقد وفي زيادات يوسف انه
لم يفسخ ما لم يحل نجمين لانه لو لم يشترط الفسخ عند الامتناع عن
الاداء تضرر به المولى كذا في التحفة ووجدت في كتاب المجرد للحسن بن زياد
قال ابو حنيفة ولو ان رجلا كاتب عبده على الف درهم فعاد بعد ما عجز
وادنا في الرق لم يكن له ذلك الا ان يرضى بذلك المولى فان رضي المولى
فان رده المولى فباعه المملوك صار مملوكا ويطلب الكتابة
وان ابى المكاتب ان يرجع في الرق وقد عجز عن المكاتبة واراد
المولى رده في الرق او قال قد رددتك في الرق لم يكن مملوكا وكان مكاتبا
حتى يقدم الى القاضي فاذا رفعه الى القاضي وقد حل نجم او نجمان
اجله القاضي اياما فان ادى والا رده القاضي ان شاء وان ابى
في الرق فاذا قضى القاضي برده في الرق صار مملوكا وصار ما في يده
للسيد كما كان فان وجد له المولى بعد ذلك مالا اخذه الى هنا لفظ
كتاب المجرد قوله وقد حصل له ذلك اي وقد حصل العتق للمكاتب بقبول
الكتابة قوله فان كان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة
فهو جائز اي في الجامع الصغير وصورتها عنه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في الرجل يكاتب عبده الى سنة ثم يصالحه على ان يعجل له خمسمائة
ويضع عنه خمسمائة قال جائز الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
ولم يذكر العباس رحمه كما يكون وقال في شرح الجامع الصغير وفي القياس
يأبى جوازه لانه اعتياض عن الاجل والاجل ليس بمال فكان ربا
وهو حرام بين المكاتب وسيده وهذا نظير الحاكم في الكافي ان الرجل
اذا اشترى من مكاتبه درهما بدرهمين لم يجز فاما علمنا انه اعتياض عن
الاجل لان المولى صار كانه اشترى من المكاتب خمسمائة معجلة بالف
مؤجلة ولهذا لو وقع مثل هذا الصلح بين الحرين لا يجوز
كما اذا كان لواحد منهما على الاخر الف درهم مؤجلة فصالحه على
خمسمائة درهم معجلة وقلنا ... ان نقول ان في الصلح وحرمه
الاعتياض عن الاجل انما يلزم الربا اذا لم يكن بين العوضين مساواة
وهنا مساواة فلا يلزم الربا بيانه ان الاجل في حق المكاتب ليس
بمال من كل وجه بل هو يعتبر مالا من وجه لانه لا مقدرة للمكاتب

على الاداء الا انه وجد الاعتياض وبدل الكتابة ليس بمال من كل وجه بل
هو مال من وجه وهو شبيه بالحقوق التي ليست بمال ولهذا لا يصلح
نصابا للزكوة ولا يوصف بالنزوع ولا يصح به الكفالة فاذا كان كذلك
اعتبرنا الاجل وبدل الكتابة لان كل واحد منهما مال من وجه دون
وجه فلم يلزم الربوا لوجود الشبهة فاذا صح الاعتياض عن الاجل
بخلاف [illegible] الذي على الحر [illegible] حتى صلح
نصابا للزكوة ويصح به الكفالة فالاجل حقه ابعد عن الاموال
لانه قادر على الاداء [illegible] الاجل فلم يصح الاعتياض عن الاجل
للزوم الربوا ولان الاجل ربا من وجه لا من كل وجه لانه ليس بمال
حقيقة ولكنه [illegible] فكان في معنى المال فاذا كان كذلك
تعلق الربا في الاجل شبهة لا حقيقة وعقد الكتابة معاوضة من وجه
من وجه دون وجه [illegible] في معنى [illegible] لا بالعقود فيتعلق بالاداء فكان بدل الكتابة مالا من وجه
دون وجه فلو كان شبهة الربا [illegible] مالا من كل وجه
لها حكم حقيقة الربا [illegible] لكنها [illegible] ليس بمال من كل وجه
نزلت الى شبهة الشبهة وانما هي المعتبرة دون شبهة الشبهة فلم
يحرم الاعتياض عن الاجل بخلاف العقد لو وقع بين الحرين فانه
عقد من كل وجه ولهذا لا يصح تعليق المعاوضات اصلا فلم يجز
الاعتياض عن الاجل [illegible] الربا او نقول ايضا يمكن
الاحتراز عن الربا ههنا بان يجعل العقد الاول معقودا والثاني
معقودا على حاله [illegible] الكتابة [illegible] على
[illegible] يوجب [illegible] الفسخ بخلاف [illegible] المبيع فان العجز
عنه لا يوجب [illegible] الفسخ ولهذا لو زاد في الاجل على ان يزيد في بدل
الكتابة جاز وكذا [illegible] بالبيع لو زاد على الاجل على ان يزيد
[illegible] لا يجوز وكذا اذا حط [illegible] على ان يحط في الاجل
[illegible] الفرق بين الاعتياض عن الاجل في الكتابة وبينه في باب
البيع ثم وجه الاستحسان هو ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
في شرح الطحاوي انه لا يجوز وعليه الاكثر قياسا على سائر الديون
المؤجلة قوله لا يجوز مثله في الحر اي مثل هذا الصلح [illegible]
قوله [illegible] ولو كاتب [illegible] على [illegible] درهم
الى سنة فصالحه على خمسمائة درهم معجلة لا يجوز قوله
حتى لا يصح الكفالة به اي ببدل الكتابة [illegible]

وهو ليس بمال من وجه ولكنه لما كان ذلك شبيها [illegible] من قوله [illegible]
جعله كالمذكور قوله فاعتبر الاجل في بدل الكتابة قوله فلا ربا اي
لوجود الاعتياض وهو الشبهة قوله عقد من وجه دون وجه لانه
في معنى اليمين لحصول العتق بالاداء وعقد من حيث انه قوله فان كاتب
المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الف ثم مات ولا مال له غيره
ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله
او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف
حالا والباقي الى اجله اي في الجامع الصغير [illegible] عن
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل كاتب عبده في مرضه على
الفي درهم الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات في مرضه ذلك فابى الورثة
ان يجيزوا قال يقال للمكاتب ادّ ثلثي الالفين ويكون عليك ثلث
الالفين الى ذلك الاجل فان اديته عتقت والا رددت في الرق
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يقال للمكاتب ادّ ثلثي القيمة
ثلثي الالف درهم والبقية عليك الى الاجل فان ابى ردّ في الرق وان كاتبه
على الف درهم وقيمته الف الى سنة فابى الورثة ان يجيزوا قيل له ادّ
ثلثي قيمتك الساعة [illegible] والا رددت في الرق في قولهم جميعا
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث وهذه
قد ذكرت في المبسوط في كتاب الفقه وفي كتاب المكاتب وفي الجامع
الكبير الا انه لم يذكر قول ابي حنيفة الا في هذا الموضع اي الجامع الصغير
واصل هذه المسألة في كتاب الفقه في مريض باع دارا قيمتها الف بثلاثة
آلاف درهم الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها وابى الورثة ان يجيزوا فانه
يقال للمشتري اما ان تعجل ثلثي جميع الثمن والثلث عليك
الى اجله والا انقض البيع وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يقال له اما ان تعجل ثلثي القيمة والباقي عليك الى اجله وان شئت نقض
البيع والحاصل ان عندهما المحاباة في الاجل جميع الثمن معتبرة
من الثلث وعند محمد تعتبر قدر القيمة من الثلث وما زاد عليها [illegible]
المال رحمه [illegible] محمد [illegible] على القيمة [illegible] حق
الورثة [illegible] التأجيل اولى ولهذا لو كاتبه في الابتداء على الف
صح [illegible] الى سنة صح ذلك الى سنة
لا يملك ترك البدل اصلا [illegible] التأجيل ايضا
فلو [illegible] فاذا تعلق حق الورثة بما زاد على القيمة بل بمقدار القيمة

صح بيانه في بيان القيمة لا غير حتى يجب عليه أن يعجل ثلثي القيمة وهما ثلثا الألف
ستمائة وستة وستون وثلثا درهم والباقي حتى البدل إلى تمام الأجل ليس
إلى أجله وجه قولهما أن حق الورثة كان متعلقًا بالعبد
لما مرض سيده مرض الموت فانتقل الحق إلى البدل والبدل الفاسد
العقد فكان حقهم في البدل كما كان في المبدل فيقوم مقام المسلم على بدل
الكتابة للحال ويؤخر ثلثه إلى الأجل ويحمل بيع المريض الثلث
لا غير فكان عليه أن يعجل ثلثي الألفين وهما ألف وثلثمائة وثلاثة وثلاثون
وثلث درهم والباقي وهو ثلث الألفين ستمائة وستة وستون وثلثا درهم
إلى أجله فكالذي بعد الخلع فإنه لم يعتبر إلا الثلث لأن البضع في حالة
الخروج لا يتقوم وإنما يتعلق حق الورثة بالمبدل ولم يتعلق بالبدل
الطارئ فيما يرجع بعد تعلق حقهم بالمبدل ويتعلق بالبدل لتخطي الغرض
قوله اجري عليها احكام الابدال فلو كان علمه كان الأولى أي على بدل الرقبة
والثاني تأجيله لتأخير بدل العتق أي على العتق الذي يثبت العبد عليهما
والثالث هذا وجعلوهم من يقول إن بدل الكتابة صلة لأنه بدل
ما ليس بمال وهو فك الحجر فكان كالخلع وكان تبعًا من محمد صحيحًا
فقال إن له حكم العوض وكيف لو كان بدل الكتابة جرًا فأخذوها
بالشفعة. **قوله** ولو كسر هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة
وقيمتها ألف أي لو كسر هذا الاختلاف الذي وقع بين محمد وصاحبيه
في بدل الكتابة اختلافهم في بيع المريض وهو أن رجلًا له عبد أو دار
قيمته ألف درهم فباعه في مرض الموت بثلاثة آلاف إلى سنة فمات جاز
البيع ويقال للمشتري أدّ ثلثي الثمن حالًا والباقي مؤجلًا إلى أجله
وإلا نقض البيع عندهما وعند محمد يقال له عجل ثلثي القيمة
والباقي مؤجلًا إلى أجله والمعنى فيه ما ذكرنا في المسألة الأولى وهو
المراد بقوله كما بينا معنى المعنى **قوله** قال وإن كاتبه على ألف إلى سنة
وقيمته ألفان ولم يجز الورثة أدّى ثلثي القيمة أي ثلثي قيمته حالًا أو يرد رقيقًا
جميعًا أي بالإجماع الجامع الصغير ولفظ أصل الجامع الصغير
ذكر اتفاقًا وذلك لأنه حاباه في قدر البدل وأجّل جميعًا لأنه أسقط قدر
وأجل الألف الآخر فوجب اعتبار الكل من ثلثه فتصح في الثلث
ويبطل فيما زاد عليه فيدفع ثلثي القيمة حالًا ليتوصل إلى رفع المحاباة
عما يتعلق به حق الورثة ويسقط عنه ثلث الباقي لأنه لم يتعلق به حقهم
وكذا في المشروط إلى أجله **باب من يكاتب عن العبد**

شرع

شرع في هذا الباب بذكر تصرف الفضولي في عقد الكتابة والفضولي
إما حر وإما عبد بعد ما ذكر تصرف الأصيل لأن الأصل في التصرف أن يكون هو
الأصيل دون الفضولي لأن عقده قد يكون موقوفًا بخلاف الفضولي
قوله وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدّى عنه
عتق وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب أي قال في الجامع الصغير
صورته أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك فلانًا على كذا على أني
ضامن أن أؤديه فهو حر فكاتبه والعبد غائب فقبل الحر فكان
ذلك تعليق العتق بالأداء فإذا أدّى عتق بحكم الشرط لا بالتعليق
فإذا بلغ الحال إن كانت الكتابة موقوفة لأن العقد عقد وله مجيز
حالة العقد فيتوقف نفاذه على الإجازة كالفضولي إذا باشر عقد
النكاح عن الغائب ولا يرجع الحر بما أدّى على العبد لأنه متبرع فإذا
بلغ العبد فأجاز نفذ عليه وإلا بطل والفرق بين هذه المسألة
حيث كانت الكتابة موقوفة على الغائب وبين المسألة الثانية في
هي ما إذا كاتب عبده الحاضر على نفسه وعلى عبد آخر غائب حيث
لم تكن الكتابة نافذة على الغائب استحسانًا أن في هذه المسألة بعقد
الكتابة على الغائب قبل إجازته لأنه إذا نفذت لا يخلو إما أن يجب
البدل على الغائب أو البدل يجب على الحر أو لا يبدل لا وجه إلى الأول
لأن المولى والفضولي لا يملكان إيجاب المال على العبد
المكاتب من غير رضاه ولا وجه إلى الثاني أيضًا لأنه لو وجب على الحر لا يخلو
إما أن يجب عليه بحكم بدل الكتابة أو بحكم الكفالة عن العبد فلا وجه
إلى الأول لأن الحر لا يستفيد به عتقًا ولا وجه إلى الثاني لأن الكتابة
لو كانت واجبة على العبد لا تصح الكفالة ببدل الكتابة فههنا أولى
ولا وجه إلى الثالث لأن الكتابة عقد معاوضة فلا ينعقد بلا بدل
فلما تعذر النفاذ تعين التوقف وفي تلك المسألة أمكن النفاذ
ببدل يجب على الحاضر على أن يكون بدل الكتابة الحاضر لأنه يستفيد
به العتق. هذا الذي قلنا إذا كاتب الحر عن العبد الغائب
بالشرط أنه إذا أدّى عنه فهو حر أما إذا كاتب عنه بلا شرط ذلك
وأدى الكاتب عنه فهل يعتق العبد قالوا في القياس لا يعتق
لأن العقد موقوف ولم يوجد تعليق العتق بالأداء حتى يقع العتق
لوجود الشرط وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر على العبد
في ذلك بل فيه نفع خالص حتى لا يرجع الحر عليه بلا توقف على إجازته

بخلاف ما لو وقع بدل الكتابة عليه فإن فيه ضررا عليه فيتوقف على إجازته
قال الإمام العتابي في شرح الجامع الكبير ولو أن فضوليا قبل كتابة عبدي
على ألف درهم توقف على إجازة العبد لأنه تعذر إيجاب البدل
على الفضولي لأنه لا حظ له في العتق فإن بلغه فأجاز صار مكاتبا
وإن تبرع الفضولي فأدى بدل الكتابة قبل أن يبلغ العبد عتق العبد
بحكم الشرط ولا يرجع على العبد لأنه متبرع به وهل يسترد من المولى
إن أداه بحكم ضمان يسترد لأنه أداه بحكم ضمان فاسد فإذا رجع على
المولى لا يرجع المولى على العبد لأنه لا شيء على العبد قبل الإجازة
فيعتق بغير شيء وإن أداه بغير ضمان لم يرجع على أحد وعتق لأنه
تبرع وقد حصل مقصوده وهو عتق العبد بخلاف ما إذا أدى عن
إنسان بغير أمره ثم ظهر أنه لا دين عليه يرجع بما أدى لأنه لم يحصل
المقصود فإن أدى الفضولي بعض البدل الكتابة فإن لم يبلغ العبد
يرجع بكل حال سواء أداه بضمان أو بغير ضمان لأنه لم يحصل
مقصوده فإن لم يرجع حتى بلغ العبد فأجاز إن أداه بغير
ضمان لا يرجع لأنه حصل مقصوده وهو براءة العبد عن بعض
بدل الكتابة لأن الكتابة نفذت من حين وجودها فظهر أنه
أداه بعد نفوذ الكتابة وإن أداه بضمان يرجع لفساد الضمان
ولو أن لرجل جارية أنا مملوكا لغيبوبة كاتبه عنه أبوه مع مولاه
توقف فإن كان لا بل يعقل وأجاز نفذت الكتابة عليه وإن
لم يعقل توقف إلى أن يعقل فإذا عقل وقبل نفذت الكتابة
عليه لأنه لا مجبر على شرب الدواء فلا يمنع التوقف كما لو باع فضولي مال
إنسان وهو صبي عليه أو مجنون جنونا غير مطبق فإنه يتوقف وإجازة
جائز لكن هاهنا ذكر الإمام العتابي في قوله فقد هذه هي صورة مسألة هو كذا
الكتاب بأي صورة مسألة الجامع الصغير فيما إذا أدى الحر عن العبد
بعد أن كاتب متكلفا عن تعليق العتق بالأداء ولم يتعلق شيئا
لأنه إنما يتوقف الصغير لأجل أداء بدل الكتابة فإذا أدى عنه الفضولي
من الوقف يقع العتق وإلى هذا الوجه مال الفقيه أبو الليث
في شرح الجامع الصغير قوله فإن أداها كان يرجع عن نفسه وعن
عبد آخر لمولاه غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا إلى قال
في الجامع الصغير وصورة المسألة في أصل الجامع الصغير في أن يكاتبه
على نفسه وعلى عبد آخر غائب لمولاه فأدى هذا الشاهد عتق

الغائب

الغائب

الغائب بعدما أدى لم يرجع على صاحبه بشيء وليس للمولى أن يأخذ
لشيء وأن قبل الغائب أو لم يقبل فليس هاهنا منه بشيء والمكاتبة لازمة
للشاهد إلى هاهنا لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير رجل كاتب عبده
على نفسه وعلى عبد له غائب فالمكاتبة جائزة وإن لم يقل الغائب حتى
المال شيء ويأخذ الحاضر بجميع الكتابة أجاز الغائب الكتابة أو لم يجزها
ولم يذكر القياس والاستحسان في الجامع كما ترى وذكره في كتاب المكاتب
من المبسوط هذه المسألة وذكر فيها القياس والاستحسان فقال القياس
أن يصير الحاضر مكاتبا بما يخصه من المكاتبة لا بجميع المكاتبة
وتنفذ الكتابة في حق الغائب بما يخصه من المكاتبة على إجازته
حتى يملك المولى بيعه وأخذ الكتابة قبل إجازة الغائب وفي الاستحسان
يصير الحاضر مكاتبا بجميع المكاتبة وتنفذ الكتابة على الغائب بما
ينتفع به من حقوق الكتابة ووجه القياس أن العبد الحاضر ليس له ولاية
الكتابة على نفسه ولمولاه ولاية الكتابة على الغائب فينفذ تصرفه
في موضع ولايته ويتوقف في غيره كمن باع ماله ومال غيره أو أعتق عبده
وأمة غيره أو كاتب عبده وعبد غيره ووجه الاستحسان أن الحاضر
جعل نفسه أصلا في عقد الكتابة وجعل الغائب تبعا لنفسه حيث
ابتدأ بنفسه وما كان تبعا يكون كذلك فيثبت للغائب والكتابة تثبت في
الغائب تبعا كالولد المولود في الكتابة فكذا يدخل الغائب في الكتابة
تبعا لأنه نفع محض لا يتضرر به حيث يحصل العتق ليس عليه شيء من البدل
سواء قبل الكتابة أو لم يقبلها ولأن هذا العقد في حق الغائب
تعليق العتق بأداء الحاضر والمولى ينفرد به بتعليق عتق أصح
فكأنه قال للحاضر إن أديت إلي كذا فهو حر فإن أدى وجب البدل
على الحاضر لأنه أصل ولم يجب على الغائب شيء لأنه تبع وإنما أدى
الألف عتقا أما الحاضر فظاهر وأما الغائب فلأنه وإن لم يكن
البدل لازما عليه لكن له نفع في الأداء لأنه يتوسل به إلى العتق فكان
أداؤه معتبرا فيعتقان وإنما أدى لم يرجع على الآخر بشيء أما الحاضر
فلأنه أدى ما عليه وأما الغائب فلأنه متبرع في الأداء وتمام البيان يعرف
المسألة في شرح الجامع الكبير إذا كاتب عبده على نفسه وعلى عبد له
آخر غائب على ألف درهم فقبل الحاضر بدل الكتابة ثم علم به الغائب فيتوقف
في حق الغائب على قبوله وإجازته ولا يتفسخ بفسخه لأنه لا شيء عليه
من البدل لكونه تبعا للحاضر فإن أدى الحاضر جميع البدل

يجبر المولى على القبول لان له حقا في الاداء حتى يعتق بخلاف الاجنبي
اذا ادى حصته لا يجبر على القبول لانه لا حق له في الاداء ولو مات
الحاضر ثم ادى الغائب حصته يجبر على القبول لانه كان رجاء
الاداء من الحاضر ولو اعتق المولى الغائب سقط حصته من البدل لان البدل
وان لم يكن عليه ولكن انما التزم الحاضر كل الالف على نفسه بمقابلة عتقهما
فاذا اعتق الغائب سقط حصته كمن قال لامرأته طلقي نفسك وفلانة
على الف درهم عليك فطلقت الحاضرة طلقتها طلاقا بائنا وان كان
جميع الالف على الحاضرة ولو وهب المولى الكتابة من الغائب او ابراه
عنها لم يصح لانه لا شيء له عليه وان اعتق المولى الحاضر سقط حصته
واخذ الغائب بحصته حتى لو لم يؤد يرد رقيقا لانه عتقه تعلق باداء
الكتابة ولم يوجد شيء من الاداء والقياس ان يبطل الكتابة لم يبق
في حق الاصل لكن نقول لم يبق في الاصل يعني حصته بلا تعدى الى الاشكال
في حق الغائب لكن يؤدي حصته حالا وقال بعضهم منجما كما كان على الحاضر
والاول اصح لانه ليس في حق الحاضر فان ادى حصته بعد موت الحاضر
اجبر المولى على قبوله لانه كان رجاء الاداء من الحاضر وان ادى الحاضر
حصته لا يعتق لان العتق معلق باداء الكل وان ادى الكل لم يرجع
على الغائب بشيء لما مر وان وهب المولى كتابته من الحاضر او
ابراه عنها صح ولا يرجع على الغائب بشيء ولو مات الغائب
وترك ولدا حرا من امرأة حرة ثم ادى الحاضر المكاتبة جر ولاء
الولد لانه ظهر انه عتق اخر جزء من حياته فيستقبل ولاء الولد الى مولى
الغائب بعد موته وكذا لو مات الحاضر وترك ولدا حرا من امرأة
حرة ثم ادى الغائب المكاتبة جر ولاء ولد الحاضر فيتحول الى
مولاه لما مر ولو كاتب عبدا له على نفسه وعلى ابن له صغير على الف
درهم فبلغ الابن فهما في الاداء سواء الا في خصلة واحدة وهي انه
اذا مات الاب سعى الابن في نجوم ابيه في قول ابي يوسف ومحمد
استحسانا لانه جزء منه وفي القياس وهو قول ابي حنيفة
يؤدي حالة ابو يوسف رحمهما كالولد المشترى في الكتابة وقال بعضهم
فيهما يؤدي منجما بالاجماع لانه صار مكاتبا بكتابة ابيه حقيقة
بخلاف الولد المشترى لانه يصير مكاتبا حكما بعد كتابة اه والاول
واجمعوا ان الولد المولود يسعى على نجوم ابيه كذا ذكره الامام الزاهد
العتابي في شرح الجامع الكبير **قوله** ثم ان يأخذه بكل البدل

لى

اي على المولى ان يأخذ الحاضر **قوله** فان ادى الاثنان ادى عنهما اي في الجامع
الصغير **قوله** ويجبر المولى على القبول هذا استحسان وفي القياس
ان لا يجبر على القبول اذا ادى الغائب لانه متبرع الا ترى الى ما قال في الاصل
في تتمة المبسوط فان مات الحاضر فليس للغائب ان يؤدي شيئا فيبقى مملوكا
وان ادى الالف بعينها فاداه يجبر المولى على القبول استحسانا
وجه القياس انه ادى ما ليس بواجب عليه كالاجنبي ووجه الاستحسان
انه يسعى في العتق فاذا ادى هذا المال يجبر المولى كما لو مات المكاتب
عن ولده المشترى في الكتابة بدل الكتابة يجبر على القبول وانما
يتفاوتان لانه يصير كان الحاضر مات عن وفاء **قوله** كمعير الرهن
يعني اذا استعار من انسان ثوبا ليرهنه بدينه فرهنه ثم ادى
المعير الدين يجبر المرتهن على القبول وان لم يكن الدين على
المعير لانه يحتاج الى استخلاص العين فيرجع بما ادى على المستعير
فكذا هنا يجبر المولى على القبول من الغائب وان لم يكن البدل عليه
لانه محتاج الى استفادة الحرية **قوله** فاذا ايهما ادى لا يرجع على
صاحبه اي في الجامع الصغير وقد مر شأنه انفا **قوله** فان ادى
للمولى ان يأخذ الغائب بشيء اي في الجامع الصغير وقد بيناه **قوله**
ويدينا اشارة الى قوله لانه تبع فيه **قوله** والكتابة ... هذا
اي للعبد الحاضر يعني ان الكتابة لزمت الحاضر قبل اجازة الغائب
فهو اجازته لا تغير ذلك فلاجل هذا لم يكن للمولى ان يأخذ الغائب
وان قبل كمن كفل عن رجل بغير امره ثم اجاز المكفول عنه لا يرجع
الكفيل بما ادى على المكفول عنه لان الكفالة نفذت قبل الاجازة نفوذا
على وجه لا يكون له حق الرجوع فلم يتغير بالاجازة كذا هنا **قوله**
وكذا اذا كاتبت الام عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وصورة
المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل كاتب
امته على نفسها وعلى ابنين لها صغيرين فهو جائز فان كبر الابنان وادى احدهما
جميع المكاتبة او ادتها الام فانها ادى لم يرجع على صاحبه الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام علي البزدوي في شرح الجامع
وليس جواز العقد عليهما على ابنيها بطريق الولاية اذ لا ولاية للام الحرة
على ولدها فكيف يثبت للامة ولكن طريق جوازها ان ذلك جاز عليهما
تبعا لها وعليها تبعا استحسانا كما في كتابة الحاضر على عبد للمولى
غائب وقد قيل انه جائز قياسا واستحسانا لان الولد تبع

بخلاف الغائب فانه اذا ادت الام فانما ادت دينا عليها فلا اشكال انها
لا يرجع وان ادى احد الولدين لم يرجع على صاحبه ايضا لانه ليس
على صاحبه منه شيء ولا يرجع على الام لان الولد تابع للام وكسبها
للام ويجبر المولى على القبول لان المؤدي منتفع بما يؤدي يرجع
على الغائب استحسانا والقياس ان يرجع لانه متبرع وشرع الكتابة
بالحل وفي الاستحسان لا يرجع لانه لما كان منتفعا بما يؤدي وهو
انه يعتق صار كانه ادى دينا عليه الا ترى ان المولى يجبر على
القبول منه فلا يكون متبرعا كذا قال فخر الاسلام قوله في المسألة الاولى الاولاد
فيما اذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه غائب قوله
وهي اولى بذلك من الاجنبي اي الامة اولى بجواز عقد الكتابة على
ولدها من الاجنبي في جواز عقده على الغائب لما جاز العقد ثمه
فهنا اولى لان الولد اقرب من الاجنبي لكون الولد تبعا لها الاجنبي ...

باب كتابة العبد المشترك لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك
شرع في كتابة عبد مشترك من اثنين لان الاصل عدم الاشتراك
او لان الاثنين بعد الواحد وفي الحلول كتابة العبد المشترك ولم يقيد
بكتابة احد الشريكين او بكتابتهما حتى يشمل الامرين لان الكتابة
جميعا قوله واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما
لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب
وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة
وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما الى ما في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد بين رجلين
اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف فكاتب فقبض بعض
المكاتبة ثم عجز المكاتب قال الذي قبض ما قبضه له وكذا ان
استهلكه لم يرجع صاحبه عليه بشيء وما قبض فهو له وقالا هو
مكاتب بينهما كله بينهما نصفان فكلما ادى فهو بينهما نصفان
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير واصل المسألة ان الكتابة
تتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما بناء على ان الاعتاق
كون العبد احق بمنافعه ومكاسبه وذكر عبارة عن حرية اليد
فصارت الكتابة نظير الاعتاق والاعتاق يتجزى عنده فكذا
الكتابة ولا يتجزى الاعتاق عندهما فكذا الكتابة ثم اذا كاتب
نصيبه باذن الشريك صار كله مكاتبا كالاعتاق البعض لعدم تجزي الاعتاق

بلغ المقابلة

عتقها

١٠٤

عتقها فنصيبه بحكم المكاتبة ونصيب شريكه بحكم التوكيل فكل ما قبض
من البدل يكون بينهما فاذا عجز يكون عبدا لهما وعند ابي حنيفة تقتصر الكتابة
على نصيب العاقد لتجزي الكتابة عنده ولشريكه الاذن حق النقض ان
العقد باذنه فلما اذن بالقبض كان اذنا للمكاتب بالاداء
فيكون متبرعا بنصيبه من الكسب للعاقد فاختص به فكان المقبوض له
والله اعلم وجملة الكلام هنا ما ذكره شيخ الاسلام في شرح الطحاوي
قال العلوان عبدا بين رجلين كاتب احدهما فلا يخلو اما ان يكون
باذن شريكه او بغير اذن شريكه فاما اذا كان باذن شريكه فلا يخلو اما
ان اذن له بقبض بدل الكتابة او لم يأذن له ولا يخلو اما ان كاتب
كله او نصفه فاما اذا كاتب نصفه بغير اذن شريكه صار نصفه مكاتبا
الا ان لشريكه حق الفسخ لانه يؤدي الى الضرر به في الحال من حيث انه
لا يمكنه بيعه وفي المآل ايضا من حيث انه يتضرر بنقصان فكان له حق الفسخ ولا
يصح فسخه الا بالقضاء او رضا المكاتب لانه تصرف في ملكه فلا ينفسخ
بغير الا بالقضاء او رضا العبد فان فسخ عاد عبدا والكسب بينهما
فان لم يعلم حتى ادى يعتق نصفه والذي لم يكاتب يرجع على شريكه
بنصف ما قبض لان ما اخذ يكون كسبا بينهما ثم المكاتب
يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لانه كاتب نصيبه على بدل
ولم يسلم له الا نصفه فكان له ان يرجع الى تمام البدل وما كان
من الكسب في يد العبد نصفه له بالكتابة ونصفه لشريكه الذي لم يكاتب
هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الاداء واما ما اكتسبه بعد الاداء فهو له
لانه بعد الاداء نصفه معتق وهو احق بمكاسبه ومنافعه من السيد
فان اختلف العبد والمولى فقال العبد هذا كسب اكتسبته بعد الاداء
وقال المولى قبل الاداء فالقول قول العبد لان الكسب حادث فهو
يحال الى اقرب الاوقات ولا تعدم ولا يؤخر الا بدليل فصار الحكم بعد هذا
كعبد بين اثنين اعتق احدهما ان كان موسرا فللشريك ثلاث خيارات
وان كان معسرا فله خياران هذا اذا كان الشريك لم يأذن واما اذا كان
باذن الشريك ولم يأذن بقبض بدل الكتابة فهو كالاول وليس له الا
فصلين احدهما ان لا يكون له حق الفسخ لوجود الرضا والثاني ليس له
ان يضمنه نصف القيمة بعدما عتق لانه رضي بالعتق حين اذن له
في الكتابة وان كان اذن له في الكتابة وقبض بدل الكتابة فهذا والاول
سواء الا في ثلاثة فصول اثنان منها ذكرناهما والثالث ان ما قبض ليس له ان يشاركه

الطحاوي

اذن

واحد
هذا إذا كاتب نصيبه فأما إذا كاتب الجميع فهو والأول سواء إلا في فصل
وهو أنه إذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض من المكاتب لا يرجع
هو على المكاتب بهذا إذا كان بغير إذن الشريك فأما إذا كان بإذنه
أما على زعمهما أن يؤدي صار مكاتبا بينهما لا يعتق جميعه إلا بأداء الألف
إليهما جميعا فإن أدى إليهما جميعا عتق والولاء بينهما وإن أدى الكل إلى
أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه إلى شريكه إلا إذا أذن له بقبض
الكتابة فإذا وصل إليهما عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب
وإن لم يعلم الشريك حتى أدى نصف الكتابة لا يعتق حتى يؤدي الجميع
لأن الكتابة معنى التعليق بالشرط فلا ينزل إلا بكماله فإن أدى
الكل إليه عتق نصيبه ولشريكه أن يأخذ منه نصف ما قبض
وهو لا يرجع على العبد لأنه لم تسلم للعبد جميع الرقبة فإن أدى إليهما
عتق والولاء بينهما وإن أدى إلى أحدهما بإذن الآخر لا يعتق لأن الكتابة وقعت
صفقة واحدة وهذا إذا لم يكن أذن له بقبض الكتابة فأما إذا أذن
له بقبض الكتابة فإن أدى إليه عتق كله وإن أدى جميعه إلى الذي
كاتبه عتق كله والمقبوض بينهما والولاء بينهما وإن أدى كله إلى الشريك
لم يعتق حتى يصل النصف إلى شريكه وهذا عند أبي حنيفة وعند صاحبيه
كتابة النصف كتابة الكل لأن الكتابة عندهما لا تتجزى وإن لم
يجز صاحبه فله فسخ ولو لم يفسخ حتى أدى عتق كله ويأخذ منه الشريك
نصف ما قبضه ولا يرجع هو على العبد فيما قبضه شريكه ويضمن الكل نصف
الفاضل للمكاتب ونصفه للذي لم يكاتب والولاء كله للذي كاتب
ويضمن حصة شريكه إن كان موسرا ويسعى العبد إن كان معسرا فأما إذا أجاز
شريكه صار مكاتبا بينهما فإن أدى إليهما عتق والولاء بينهما وجميع الكسب
للمكاتب فإن أدى إلى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه إلى الآخر كذا
في شرح الطحاوي قوله وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها
فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد
فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول إلى آخره الجامع الصغير صورتها
محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في جارية بين رجلين كاتباها جميعا
فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه
ثم عجزت فإنها أم ولد للأول ويضمن الأول نصف عقرها ونصف قيمتها
للآخر ويضمن الآخر عقرها وقيمة ولدها ويكون ابنه وأيهما
دفع العقر إلى المكاتبة جاز وإن كان الثاني لم يطأها ولكنه دبرها

ثم عجزت

ثم عجزت بطل تدبيره وكانت أم ولد للأول ويضمن الأول نصف عقرها
ونصف قيمتها للشريك وقال أبو يوسف ومحمد إن وطئها أحدهما فجاءت
بولد فادعاه صارت أم ولد له وهي مكاتبة كلها على حالها ويضمن لشريكه
نصف قيمتها عند أبي يوسف وعند محمد يضمنه الأقل من نصف القيمة
ومن نصف ما بقي من المكاتبة ولا يجوز وطئ الآخر لها ولا يثبت نسب
ولدها ولا يكون ابنه بالقيمة ولكنه يقوم لها العقر إلى هنا لفظ
الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في الكافي مكاتبة بين رجلين علقت
من أحدهما فادعاه فالخيار لها إن شاءت عجزت وكانت أم ولد له ويضمن لشريكه
نصف قيمتها ونصف عقرها وإن شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها
فإن مضت على الكتابة ثم علقت من الآخر ثم عجزت فهي أم ولد
للأول وولد الثاني زنى أم ولد للأول عليه نصف قيمتها ويعطى
الثاني قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة إلى هنا لفظ الكافي وحاصل
الاختلاف راجع إلى أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند أبي حنيفة
وعندهما لا يتجزى وفي القنة لا يتجزى بالإجماع وفي المدبرة
يتجزى عندهم كذا ذكره فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير
أمكن لهما أن الاستيلاد إذا أمكن تكميله وجب التكميل وقد أمكن تكميل
الاستيلاد في القنة بلا خلاف وهنا ممكن أيضا بفسخ الكتابة لأن الاستيلاد
لا بها حتم النقض لا يحتمله ألا ترى أن من كاتب أم ولده ثم مات ينفسخ الكتابة ولكن
إذا عتق المكاتب بعد موته الكتابة بفسخ الكتابة فإذا انفسخت
الكتابة صارت قنة والاستيلاد في القنة لا يتجزى وليس كذلك إذا
استولد رجل مكاتبة نفسه حيث لا ينفسخ الكتابة في المكاتبة
المشتركة للحاجة إلى تكميل الاستيلاد ولا حاجة إلى التكميل في مكاتبة
نفسه لأن الاستيلاد كامل ولأبي حنيفة أنه لا وجه لتكميل الاستيلاد
لأن المستولد لا يتملك نصيب صاحبه لأن المكاتبة لا تقبل النقل
من ملك إلى ملك بسبب من الأسباب فكذا لا تقبله بالاستيلاد وتحقيقه
أن الاستيلاد يقبل القول بتجزيه إذا عارضه حق لازم ولهذا إذا استولد
أحد الشريكين مدبرة مشتركة بينهما يتجزى وامتنع أن يسري الاستيلاد
المكاتبة المشتركة أيضا لأن الكتابة حق لازم لا تنفسخ وهذا
لا يصح إذا استولد مكاتبة ابنه كما لا يصح إذا استولد مدبرة ابنه
ولها تحجر الإسلام عن خراجها أنه تنفسخ الكتابة بعد الاستيلاد إلى أن ينفسخ
لأن الكتابة عندهما لا تتجزى في الفسخ كما لا تتجزى في العقد فلو انفسخت
لبطلت أصلا

فلو قال لا يفسخ الكتابة فما يفسخ المكاتب كما إذا كاتب أم ولده ثم مات
قلنا إن الفسخ هنا لم يتمحض منفعة إذ المكاتب ربما يرضى بحريته عاجلة
ببدل ولا يرضى بحريته آجلة بلا بدل فما دام لم يتمحض منفعة فلا يفسخ إلا برضاه
أبو يوسف ومحمد وقال أبو يوسف يعطي نصفه لنصيب شريكه بالعقد ما بلغت
يعني نصف قيمته مكاتبا وقال محمد يعطي الأقل من نصف القيمة ومن
نصف ما بقي من بدل الكتابة وكذلك هذا الاختلاف في مكاتب بين اثنين
أعتقه أحدهما وجه قول أبي يوسف أن المدعي تملك نصيب صاحبه حين صار
كله مكاتبا له فيضمن قيمته ما ملكه موسرا كان أو معسرا وفي مسألة الإعتاق
الثلثة يضمن ما بلغ إن كان موسرا ووجه قول محمد أن حق المولى في المكاتب
في أحد الشيئين إما الرقبة على تقدير العجز وإما بدل الكتابة على تقدير
الأداء فيضمن الأقل ثم عقرها لما صار كلها أم ولد للأول قبل العجز
تبقى مكاتبة ولكن اختلف المشايخ قال بعضهم يضمن بدل الكتابة وقال
بعضهم يجمع بدل الكتابة والأول قول الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي
لأن الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وجعلت
المكاتبة في نصف البدل فيعتق مكاتبة بالنصف حتى إذا عتقت بعلمها
بأداء النصف قوله فأما عند المشايخ لأن انفساخ الكتابة أمر ضروري ثبت والثاني بأداء النصف
في ضمن ضرورة تكامل الاستيلاد فلا يظهر فيما عداه كذا أعني في
حق سقوط نصف بدل الكتابة بعتق العفو لا يرد كان يحفظ أحد
أبو يوسف ومحمد وذلك بمنزلة تلك المكاتبة لأن أبا يوسف قال يضمن نصف
قيمتها مكاتبة وقال محمد يضمن الأقل من نصف القيمة ومن نصف بدل
الكتابة فأبقيا على تمام الكتابة في ذلك النصف وإذا ثبت الاستيلاد
المكاتبة المشتركة يتحرى عند أبي حنيفة بقي نصيب الساكت على ملكه عنده
لضعف الاستيلاد ودعوته في ملكه تثبت نسب الولد منه لأنه صادف
ملكه من حيث الظاهر ثم إذا عجز صار كلها أم ولد للأول لأنه زال
المانع عن الكمال للاستيلاد فتم للأول وبطل دعوة الثاني لأن الولد في ملكه
من حيث الظاهر لأن نصيب شريكه بعد الاستيلاد على ملكه وهو في الحقيقة
دفع الاستيلاد في ملك الأول فالقياس هذا أن لا تصح دعوة الثاني
لأنه ادعى ولد أم ولد الغير فصح استحسانا لأنه أقدم على الوطء بناء
على ظاهر الملك فصار مغرورا وأخذ الولد حرا بالقيمة كما في أمة من جلبين
جاءت بولدين في بطن مختلفين فادعى أحدهما الأكبر والآخر الأصغر
وخرج الكلام فما معنى أم ولد للأول وسقط دعوة الثاني فما ذكر

١٥٩
ويضمن الولد بالقيمة فكذلك هنا وعلى الأول الصغر قيمتها للثاني لكن
نصيبه منها صار مجرد عند أبي حنيفة ويكمله نصف العقر لأنه وطئ مكاتبة
مشتركة بينه وبين صاحبه فوجب العقر كله عليه فصار ذلك كما لو
ثم باعتبار أن كان نصيبه مكاتبا لكن صار عقره فسقط نصفه وبقي نصيب صاحبه فلذلك
وجب نصف العقر عنده لكن لو أدى العقر إليها قبل العجز صح لأنها أحق
بها لكن لو أدى العقر إليها بعد أن وطئ أمة كلها فكذلك للأول على اعتبار العجز
فيغرم عقرا كاملا وعلى اعتبار الكتابة يغرم عقرا كاملا أيضا
لأنها مكاتبة بينهما ووطئ الرجل مكاتبته يوجب العقر كوطئ مكاتبة الغير
وإن أدى العقر إليها صح لأنه يجب لها وإن لم يؤد إليها أدى إلى شريكه لأن
العقر صار كله حقا له بالعجز وعندهما لما تكامل الاستيلاد للأول لم تصح
دعوة الثاني ولم يثبت نسب الولد ويضمن عقرا كاملا للأول لأنه آخر
وطئ أم ولد الغير ولكن سقط الحد لمكان الشبهة ويضمن الأول للثاني
نصف قيمتها ونصف عقرها لأنه استولد جارية مشتركة بينه وبين غيره قوله
وأيتها دفع العقر إليه قبل العجز قوله فينفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة
أي أمومية الولد لأن الكتابة انفسخت ضرورة حتى ينفي محلا للانتقال كالبيع
والهبة قوله ويبقى الكتابة فيما وراءه أي في غير ما لا تتضرر به المكاتبة
يعني أن الكتابة تنفسخ ضرورة تكامل الاستيلاد لأن
الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولا يظهر أثر الانفساخ
في غير موضع الضرورة حتى تبقى مكاتبة في غيره كما يبقى لا يسقط
نصف بدل الكتابة بل تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة وهي لا تجب على
المستولد الأول فيه النصف فلذلك يلزمه نصف القيمة مكاتبة
لا يسقط انفساخ الكتابة في نصيب المستولد وحتى لا يجب الحد على الثاني لأنه
وطئ مكاتبته فافهم قوله كما في التدبير يعني أن الاستيلاد المتجزي
يتجزى والاستيلاد المكاتبة لا يتجزى والمعنى ذكرنا أن الكتابة يقبل
الفسخ فيكمل الاستيلاد بالفسخ بخلاف التدبير فإنه لا يقبل الفسخ قوله
وكذلك بيع المكاتب يعني لو باع المكاتب بلا رضاه لا يفسخ الكتابة
ضرورة صحة البيع كما يفسخ ضرورة صحة الاستيلاد لأن الكتابة
إنما تفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب فلو فسخ لضرورة البيع تضرر المكاتب
فلا يكون الفسخ ومع بقاء الكتابة لا يرضى المشتري فلا يكون البيع قوله لأن
قوله للشبهة وهي شبهة كونها مكاتبة لهما قوله وإذا انفسخت الكتابة
أي فيما يتضرر المكاتبة بالفسخ وصار كلها مكاتبة للذي للأول قوله

فيلزم عليهما نصف بدل الكتابة وهو قول السح اي مقصود الماتن بذلك
ثبت ثناه قوله فعلى كل البدل وهو قول عامة المشايخ قوله
صورته اي صورته تكاملا كالاستيلاد قوله وفي ابقائه في جهة نظر
للمولى اي في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف بدل الكتابة نظر للمولى
الاول قوله تعطى العقر على صيغة المبني للمفعول قوله
على ما بينا اي في تعليل قول ابي حنيفة قوله فان دبر الاول الشركة (?)
في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة اي قال في الجامع الصغير
يعقوب عن ابي حنيفة اصل الجامع الصغير ذلك لان ابا يوسف ومحمدا جمعا قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اختلفا ابو يوسف ومحمد في
وجوب الضمان عليه على الاول قال ابو يوسف عليه نصف قيمتها ولم يذكر جواب
محمد في كتاب الدعوى وفي كتاب الزيادات وقال في هذا الكتاب اي في الجامع
الصغير عليه الاقل من نصف قيمتها ومن نصف الكتابة اي هذا لفظ الفقيه
وانما قال في قياس قول ابي يوسف لانه استهلك الرقبة على شريكه الا ترى
ان الولد لو صار كله له يجب ان يغرم نصف قيمة الرقبة قنا شا ما قال لو
قتلها رجل خطأ يغرم قيمتها ولا يغرم شيئا من بدل الكتابة وعلى قياس قول
محمد نصف الاقل لانه بعين في الاول كما لو اعتق المريض مكاتبته
ثم مات وعليه دين يسعى المكاتب في الاقل من قيمته ومن مكاتبته فكذلك ههنا
قوله فان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل — بلغ المقابلة
التدبير اي قال في الجامع الصغير ونرتب لفظه من قبل هذا نعني ان
هذا الذي ذكرنا فيما اذا استولدها الشريكين جارية كاتباها ثم استولدها
الثاني اما اذا استولدها الاول ودبرها الثاني فعجزت فالتدبير
باطل بالاتفاق وهذا ظاهر لا اشكال على قولهما لان التدبير الثاني لم يصادف
ملك نفسه لان الاول لما استولدها صار كلها ام ولد له ومكاتبته له
واما عند ابي حنيفة فلان الجارية لما عجزت ظهر ان كلها ام ولد للاول
وللثاني قبل عجزها فيها ظاهر الملك لا حقيقته وظاهر الملك كاف
لثبات النسب واستحقاق الولد بالغرور وليس بكاف للتدبير لان التدبير
لا يثبت الا في ملك حقيقة لان من اشترى جارية فدبرها ثم استحقت بطل
التدبير فلو استولدها ثم استحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة
فافترق الاستيلاد والتدبير حيث صح النسب وبطل التدبير وهذا معنى قوله
في التدبير لعدم الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور قوله على ما مر
اشارة الى قوله ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه
فاما هذا
محمد قال

قوله قال وهي ام ولد للاول اي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاد
الاول ثم عجزت ام ولد للاول وعليه لنصيب الثاني نصف عقرها ونصف
قيمتها قيل مستوعبا انسان من هذا قوله على ما بينا اشارة الى ما
ذكره في تعليل قول ابي حنيفة بقوله وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول
لانه كان التابع من الاستعمال (?) قوله ووجهه ما بينا اي من طرف ابي حنيفة
وطرف ابي يوسف ومحمد في بيان الدليل فيما اذا استولدها الثاني وقد ذكرنا
ما ذكر من طرف ابي حنيفة اما ما ذكر من طرفهما فهو قولهما لان الثاني الدعوى (?)
الاولى الولد صار كلها ام ولد له الى اخر ما ذكر قوله فان كان كاتباها
ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها
ويرجع به عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها اي قال في الجامع
الصغير واصله ان المكاتبة بين اثنين اذا اعتقها احدهما لم يضمن
شيئا عند ابي حنيفة لانه لا يؤثر في نصيب صاحبه لا ابطالا ولا نقصا (?)
في نصيب صاحبه كالكتابة لان الاعتاق عنده يتجزى فلم يتلف من نصيب
صاحبه شيئا وهذا لان اثر اعتاق النصف ان يصير النصف الاخر بمنزلة
المكاتب والمكاتب بمنزلة المكاتب وههنا كان النصف مكاتبا
قبل الاعتاق فلم يظهر اثر الاعتاق فيه فلم يجب على المعتق ضمان في الحال
والمكاتبة بالخيار ان شاءت ادت الكتابة وان شاءت عجزت فاذا
ادت عتقت ولا ضمان على احد فاذا عجزت ظهر اثر الاعتاق الان
وصارت قنا فيغرم لصاحبه نصف قيمتها ويرجع بما ضمن عليها كما هو
المذهب عنده وهناك اثنان شهدا بدين موجل فقضى به القاضي
ثم رجعا انه لا ضمان عليهما فاذا حل الاجل واخذ صاحب الدين
ظهر التعدي ووجب الضمان والرجوع وعلى قولهما يغرم في الحال
لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فاذا عجزت لم ينقص الضمان لان المكاتبة (?)
كعبد بين شريكين اعتق احدهما نصيبه فللشريك خيارات ثلاث
ان كان المعتق موسرا ان شاء ضمنه قيمة نصيبه ويرجع بما ضمن على
العبد ويكون الولاء كله للمعتق وان شاء اعتق حصته وان شاء
استسعاه فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فللشريك خياران ان شاء
اعتق وان شاء استسعى والولاء بينهما وعندهما ان كان موسرا ضمنه لا غير
ولا يرجع بما ضمن على الغلام والولاء كله للمعتق وان كان معسرا استسعى
الغلام فيه لا غير ولا ضمان للشريك عليه والولاء كله للمعتق
وهو قول ابن ابي ليلى الا في حرف واحد قال يرجع الغلام بما سعى فيه

على الذي اعتقه وبه يعرف الكلام في عتاق الكافي قوله والجواب فيه على
الخلاف اي الجواب في العتق المحول اذا اعتقه احد الشريكين
على الخلاف في الرجوع ترجع بما ضمن المعتق ان كان موسرا على الغلام
وعندهما لا يرجع وكذا للشريك خيارات ثلاث ان كان المعتق موسرا وخياران
ان كان معسرا وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
وكذلك الخلاف في الولاء ايضا فعندهما الولاء كله للمعتق في الحالين وعند
ابي حنيفة الولاء بينهما ان اعتق الشريك او استسعاه واما اذا ضمن الشريك
فالولاء كله للمعتق وعندهما اما فيه الولاء ففيه خلاف كما رواه
آنفا قوله وقد عرفناه في العتاق اي في باب العبد يعتق بعضه
قوله قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر
الى آخره اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في العبد يكون بين الرجلين فيدبره احدهما ثم يعتقه الآخر
وهو موسر قال ان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء
استسعى العبد وان شاء اعتق وان دبره الآخر بعد ذلك لم يكن له ان يضمن
المعتق ولكنه يستسعى العبد في نصف قيمته وان شاء اعتقه وقال
ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فهو مدبر له وعتق الآخر بعد ذلك
باطل ويضمن الذي دبره نصف قيمته موسرا كان او معسرا فان اعتقه احدهما
ثم دبره الآخر كله من قبله فتدبير الآخر بعده باطل وان كان الذي
اعتقه موسرا ضمن نصف قيمته وان كان معسرا سعى الغلام في نصف قيمته الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي عبد بين
اثنين دبره احدهما فان الآخر بالخيار ان شاء دبر وان شاء اعتق وان شاء
استسعى وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسرا وان شاء تركه على حاله فان
اعتقه البتة فهو بمنزلة عتقه لصاحبه قبل العتق ان شاء ذلك صاحبه
وهو نصف قيمته مدبرا ويرجع به على الغلام وان شاء صاحبه استسعى
الغلام فيه وان شاء اعتق والولاء في جميع ذلك بينهما وان لم يعتقه الثاني
ولكنه ضمن المدبر نصف قيمته الغلام صار الغلام كله للمدبر ونصفه مدبر
ونصفه رقيق وان لم يضمنه ولكنه استسعى فادى السعاية كان المدبر
بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعاه في نصيبه مدبرا ولم يرجع الى ضمان الشريك
اي استسعى وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما
كان مدبرا كله له ويضمن نصف قيمته لشريكه موسرا كان او معسرا وقال
ابن ابي ليلى اذا دبره احدهما ثم اعتقه الآخر البتة فالتدبير باطل

والعبد

والعتق جائز والعتق ضامن نصف شريكه ان كان موسرا الى هنا لفظ الكافي
واصل المسألة ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة فيقتصر على نصيبه
خلافا لهما فيصح اعتاق الثاني في نصيبه بعد ذلك عنده خلافا لهما فصار نقدا
على نصيبه بدلا ان المدبر له ... فبعد اعتاق الثاني ليس له
الاستخدام ثم المدبر له الخيار ان شاء ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء
استسعى الغلام وان شاء اعتق نصيبه فاذا اعتق لم يبق له تضمين الشريك
واستسعى الغلام فاذا اعتق احدهما اولا ثم دبره الآخر ليس للمدبر ان يضمن
المعتق لانه حين اعتق الاول كان له الخيار ان شاء اعتق وان شاء دبر
وان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى الغلام وان شاء ضمن المعتق فلما
دبر الثاني بعد اعتاق الاول فقد اختار الضمان لانه لا يصح الا
بشرط التمليك ونصيب المدبر لا يحتمل التمليك لان المدبر لا يصح نقله
من ملك الى ملك فكان المدبر مختارا بالتدبير عن الضمان بخلاف
ما اذا كان التدبير سابقا حيث يكون له تضمين المعتق لانه في نصيبه
[illegible] عتاق وانما كان كذلك لانه بالتدبير لم يبق قابلا للنقل والتمليك
يوجب الضمان على المعتق لان ذلك لا يشترط التمليك اما اذا كان الاعتاق يبقى
نصيب الآخر على ملكه ثم اذا دبر بعد ذلك لا يمكنه التضمين لانه لا يكون
كما وجب ان نقل التدبير نصف قيمته ثم يملك نصيبه من المعتق والاول
لا يمكنه التمليك لتعذر نقل المدبر وعندهما لما دبر احدهما اولا صار
كله مدبرا له لان التدبير لا يتجزى عندهما ويضمن لصاحبه نصف
قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار
وهذا لانه ملك نصيب المدبر وخرجه من الضمان اذا كان بدل
[illegible] البار والاعسار واما اذا اعتق احدهما اولا عتق نصيب الآخر
بالجملة لان الاعتاق لا يتجزى عندهما ويضمن المعتق نصف قيمته لشريكه
ان كان موسرا ويسعى الغلام ان كان معسرا لانه ضمان الاعتاق ويختلف باليسار
والاعسار بخلاف ضمان التدبير كما مر في العتق ويسعى في ... بحسب ذلك
في باب العبد يعتق بعضه وقال ابن ابي ليلى اذا دبره احدهما
كان للآخر ان يبيع نصيبه فاذا اعتقه الآخر بطل تدبير الاول
لا والعتق اقوى من التدبير وجوابه ان الاعتاق والتدبير ... القول
بنفاذه الا بعد ثبوت الملك للمعتق والمدبر لا يقبل النقل ثم في قيمة
المدبر اختلاف المشايخ فقيل قيمته نصف قيمته القن لانه فات
الاستمتاع ببدله وبقي الاستمتاع بعينه وقيل ثلثا قيمته القن وقيل
ثلث قيمة القن

لان منفعة الوطء والعادة باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل قيمة
ام الولد ثلث قيمة القن لان منفعة التجارة والبيع زائلة وقيل قيمتها
قيمة الخدمة تنظر كم تستخدم مدة عمره حزرا وظنا وتقديرا ه
في باب العبد يعتق بعضه وقال الحلواني قاضي خان في شرح الجامع
الصغير وانما يعرف قيمته مدبرا بقول بعضهم بقوم المقومين
ثم قال وقال بعضهم يسقط بسبب التدبير ثلث قيمته فكان
قيمة المدبر مدبرا ثلثي قيمته قنا وقيمة ام الولد بعد ثلث قيمتها قنة
لان منافع المملوك ثلاثة الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء
الديون من ماليته بعد الموت وبالتدبير تفوت منفعة واحدة
وهي منفعة الاسترباح بالبيع فيسقط ثلث قيمته وبالاستيلاد
تفوت منفعتان منفعة الاسترباح ومنفعة قضاء الديون بعد الموت
ويبقى منفعة واحدة وهي منفعة الاستخدام فيتوزع القيمة على ذلك
ثم هذا الذي ذكرنا فيما اذا كان احدهما من التدبير والاعتاق سابقا
على الاخر فاما اذا خرج الكلامان معا قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي على قول ابي حنيفة صح التدبير في النصف وفي العتق
النصف والولاء بينهما ويكون كانه دبر احدهما ثم اعتق الاخر
حتى يكون للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته مدبرا ان كان موسرا
او استسعى العبد كذلك لانه استوفى المضمون جميع نصيبه مدبرا
وان لحق التدبير لم يضمن المعتق فذاكر بين السقوط والوجوب
فيجب نصفه وعلى قول ابي يوسف سبق العتق اولا يسبق التدبير
فيجعل كانه اعتقه احدهما ثم دبره الاخر والعتق يتجزى لا يتجزى
التدبير وعند محمد يصح التدبير ويصح العتق لان العتق يبطل
فيعتق كله والمدبر يرجع على المعتق بقيمته نصف قيمته
مدبرا والولاء بينهما نصفان ان كان العتق عنده وان كان معسرا
يسعى في نصف قيمته مدبرا عنده وعند ابي يوسف يسعى في نصف قيمته
قنا في الحالين والولاء كله للمعتق هذا اذا علم وان كان لا يعلم
فعلى قولهما يجعل كانه خرج الكلامان معا وعلى قول ابي حنيفة
يصح التدبير ويصح العتق والولاء بينهما ويرجع المدبر بربع قيمته
على المعتق لانه اذا كان العتق سابقا فالتدبير صار مبرئا له
وان كان التدبير سابقا يجب النصف فاذا كان لا يعلم يرجع بنصف النصف
وهو ربع القيمة مدبرا والباقي تعلم في شرح الطحاوي **قوله**

نقد له نصيب شريكه لانه لما التدبير كان [illegible] بالعلاق مكررا ما
فصار عتاق فلذلك **قوله** البيع والهبة وهو ارادتها الارث والهبة
والصدقة والوصية لان كل ذلك تزيل الملك عن الرقبة كالبيع **قوله**
والاستخدام وامثاله ارادتها الوطء والاجارة والاعارة لان في
كل منها استيفاء المنفعة مع بقاء العين **قوله** والاعتاق وتوابعه
ارادتها التدبير والكتابة والاستيلاد والاعتاق على مال لان
كل واحد منها الى الحرية كالاعتاق **قوله** كما في الاخر الخيارات عنده
اي عند ابي حنيفة ارادتها خيارات الاعتاق والتضمين والاستسعاء التي
ذكرها المصنف بيانه آنفا وبيان ما بعده ايضا الى اخر الباب **باب**
موت المكاتب وعجزه وموت المولى والما ذكر هذا الباب
هنا لان المترتب العجز عارض بعد الكتابة فكان التاخير هو المناسب
لان العارض بعد الاصل **قوله** قال واذا عجز المكاتب عن نجم
نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه
وانتظر عليه اليومين والثلاثة اي قال العبد الضعيف في مختصره
رتبا منه وان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان وقوله عجزه اي عجز الحاكم
المكاتب واراد بالحاكم القاضي يعني نسبه الى العجز وحكم بعجزه وتكون
المقال انما ذكر بلفظ الحاكم ولم يذكر بلفظ القاضي حتى يشمل المحكم ايضا
لان حكمه يصح فيما سوى الحدود والقصاص اذا كان له اهلية القضاء
قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المكاتب يعجز
يقول اخره يومين قال ان كان له مال حاضر او غائب يرجى قدومه و
حرره يومين او ثلثه لا ازيد على ذلك شيئا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا ارده في الرق حتى يتوالى عليه نجمان الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير وقول ابن ابي ليلى كقول ابي يوسف كذا في
المختلف وجه قول ابي يوسف ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال
المكاتب اذا توالى عليه نجمان رد في الرق ولان مبنى الكتابة
على التخفيف والتسهيل لانه عقد ارفاق بالعبد ولهذا كان
التاجيل والتنجيم احسن من الكتابة الحالة وان كانت جائزة عندنا
والنجم متى يقول كان تسلك على عشرة اواق من ذهب تؤدي الي
في كل شهر او نحو والسهولة ان لا يرد الى الرق قبل توالي
النجمين ولان الفسخ انما يجب للعجز عن اداء بدل الكتابة ولا ادا لا يعجز

الا بعد حلول النجم وبعد حلوله الى دخول الوقت الثاني وقت الاداء فلا
يتحقق العجز ولان آخر المدة الاجال ثابت عندنا وما الفق عليه العلماء فلان
ما شرطوا توالي النجمين لان الفسخ للعجز والعجز بانقضائها لا يتحقق
الا بتوالي النجمين قال فخر الاسلام على الشرط وكذا قول ابي يوسف كان
هذا السنة سنحوا على العبد وجه توقيفها الا لا يعجز عن نجم واحد
لان العجز عن نجمين فلا حاجة الى الانتظار الى نجم آخر لا وجه لتقدير
على ادا فلنبل لم يقدر على ادا كثير بالطريق الاولى فيرد في الرق
قبل توالي النجمين الا انه انتظر الى الثلاثة الا ان كان له مال حاضر
او يرجى قدومه استحسانا لانه لا بد للادا بعد الوجوب من زمان
فقدرناها بالثلاثة لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار الا ترى الى
قوله تعالى فتمتعوا في داركم ثلاثة ايام وقال تعالى في قصة العبد
الصالح ان سالتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني
عذرا فلما كان كذلك استحسنوا هذا القدر من الزمان فجعلوا من
التعجيل دون التاجيل وفقها قالوا ان المدعى عليه اذا توجه عليه
الحكم وادعى الدفع ببينة حاضرة يؤجل له يوما او يومين
او ثلاثة ان ادعى ذلك وكذلك الخصم الحر اذا اقر بدين
وطلب الامهال الى يوم او يومين او ثلاثة اجيب الى ذلك ولم يكن
لهذا القدر مستثنى من الادا فكذلك ههنا بخلاف ما اذا لم يكن
له وجه اصلا حيث لا ينتظر عليه اصلا لانه تبين عجزه والمولى
لم يرض بكونه الا باداء المال فلا يلزمه ما لم يرض به من المدة
والجواب عن احتجاج ابي يوسف باثر علي ان يحمل الرد الى الرق
اذا توالى نجمان ولسنا ننفي الرد اذا لم يوجد التوالي فيرد الى الرق
بما ذكرنا من الدليل لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه
او نقول ان الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها
من الدليل وهو القياس ثم ذكر ان اصحابنا رووا في شرح الجامع
الصغير وغيرها عن عبد الله بن عمر انه كاتب له عبدا فعجز فرده في
الرق ... النجم الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى
انتهى لنا ... اي ... ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية تنجيما اذا اداها نجوما ... نسخه
... اداها نجوما ... منجما ...
... نجم ...

ولم يرتفقوا دينا اصلا **قوله** الا بلا اعذار اي لاظهارها **قوله** ١٦٠
عقدا ارفاق اي رفق تعالى ... فيعني الى الصلاح **قوله**
قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه
فهو جائز اي ... الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في المكاتب يحل عليه نجم فيعجز عنه عند غير السلطان فيرده
مولاه برضاه قال يكون ذلك جائزا فان رفعه مولاه الى السلطان وقد
اخل به نظر الحاكم فان كان له شيء حاضر اخذه والا رده في الرق
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وان ردها السلطان القاضي وذلك لان
الكتابة عقد يقبل الفسخ كالبيع واذا جاز فسخها بالتراضي بلا
عذر فبالعذر اولى وان لم يرض المكاتب بالفسخ فلا بد من
قضاء القاضي لانها عقد لازم واذا وقع الاختلاف فيحتاج الى
قطيعة ترد الكتابة الى ... عليها فاصله ... اخل
يعني تركه اداه **قوله** قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق
اي هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه وكان ما في يده من الاكساب
لمولاه وقوله عجز وقع في الفسخ على صيغة المبني للفاعل من
الثلاثي وكذلك كان يقع ايضا وفي بعض الوجه ان
يقال بلفظ المبني للمفعول من الثلاثي لان بمجرد العجز
لا يفسخ الكتابة بل يعود المكاتب الى الرق بل يحتاج بعد ذلك
الى القضا او الرضا الا ترى الى ما قال في اول الباب اذا عجز المكاتب
لم يعجزه الحاكم ... وقال ... فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه
عجزه اي طلب المولى من الحاكم تعجيز المكاتب عجزه الحاكم ويدل على هذا
ما قال الشيخ ابو نصر في شرحه في التعليل بقوله وذلك لان بعجزه
تنفسخ الكتابة واذا انفسخ العقد عاد الى احكام الرق وكان ما في
يده من الاكساب لمولاه لانه كان موقوفا عليه وعلى مولاه فلما
عاد الى الرق زال المعنى الموجب للتوقف فكانت الاكساب للمولى
لانها متولدة من ملكه ... هذا شرط الخيار ...
عند العجز ...
قوله قال وان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما
عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو
ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذه من مسائل مختصر القدوري
اعلم ان المكاتب اذا مات عن وفاء لا تنفسخ الكتابة ...

ويؤدي بدل الكتابة ويحكم بحريته وهو مذهب علي وعبد الله بن مسعود
وقال الشافعي ينفسخ عقد الكتابة بموته عبدا وهو مذهب زيد بن ثابت
وعلماؤنا احتجوا بان جمهوره المكاتب بقول زيد ان العبد مكاتب
ما بقي عليه درهم لما عرفته حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكان محمد يقول نقول عنه بقدر ما ادى ويرق منه بقدر ما عجز
كذا ذكر محمد في الآثار واحتجوا في حال مكاتبه بقول علي وابن مسعود
قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم
عن علي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما انهما كانوا يقولون
اذا مات المكاتب وترك وفاء اخذ مما ترك ما بقي عليه من مكاتبته
فدفع الى مولاه وصار ما بقي بعد لورثة المكاتب قال محمد
وبه نأخذ وهو قول ابي حنيفة واجمعوا ان المكاتب اذا مات عاجزا
مات عبدا وينفسخ الكتابة وتفسير الوفاء انه اذا مات وترك ولدا
فابى يرضى بان يسعى ويؤدي بدل الكتابة ويجعل اداؤه كادائه
ويحكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته وان لم يكن له ولد
وترك مالا به وفاء ببدل الكتابة فانه يؤدي بدل الكتابة منه
ويحكم بحريته كذا ذكر في الطريقة البرهانية وحجة الشافعي
اثر زيد وان المقصود من الكتابة تحصيل العتق وذلك لا يمكن
اثباته بعد الموت فانفسخت الكتابة لعدم المقصود لانه اذا ثبت
بعد الموت لا يخلو اما ان يثبت مقصورا على حالة الموت او على
حالة الحياة او يثبت حالة الموت مستندا الى حالة الحياة فلا يصح ان
يثبت مقصورا على حالة الموت لعدم المحلية لان الميت ليس
بمحل للاعتاق ولا يصح ان يثبت مقصورا على حالة الحياة لعدم الشرط
لان شرط عتق المكاتب الاداء ولم يوجد الاداء في حالة الحياة
ولا يصح القول بالاستناد لان الشيء يثبت لا في الحال ثم يستند
ولا امكان لثبوت العتق في حالة الممات لعدم المحلية فلا
يستند ولنا ان الكتابة عقد معاوضة شرعا محضة
فلا ينفسخ بموت احد العاقدين وهو المولى فينبغي ان لا ينفسخ
بموت الآخر وهو المكاتب والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء الكتابة
لان كل واحد منهما يحتاج الى ... لقصد الكتابة بعوض الحرية
حقيقة لان المولى يحتاج الى البدل بعوض ... الحرية
حقيقة عند القبض والمكاتب يحتاج الى العتق والحرية ...

حقيقه

١٦١

وذلك حقيقة عند الاداء ثم يقبض خلف المولى يجعل كقبض نفسه ويجعل
المولى معتقا في آخر جزء من اجزاء حياته لحاجته فلذلك يجعل
اداء خلف المكاتب كادائه ويجعل معتقا في آخر جزء من اجزاء
حياته لحاجته بل هنا اولى لان الكتابة شرعت نظرا للمكاتب
في رقبته حتى كانت الكتابة لازمة من جانب المولى حتى لا يقدر
على الفسخ وشرعت غير لازمة في جانب المكاتب حتى يقدر على
الفسخ بتعجيز نفسه فلما وجب ابقاء الكتابة لحاجة المولى فلان يجب
ابقاؤها لحاجة المكاتب اولى حققه ان الاجماع انعقد على
جعل المولى معتقا بعد موته ولم ينفسخ الكتابة بموته فكان ذلك
دليلا على جعل المكاتب معتقا بعد موته بالطريق الاولى
لان الاعتاق فعل ... وصف يليق بالفعل بالموت
... الافعال ... الصفات لان شرط كونه معتقا ان يكون
مالكا وشرط كونه معتقا ان يكون مملوكا والموت انفى للمالكية
من المملوكية وانفى لكونه معتقا من كونه معتقا لان الجمادات
توصف بالمملوكية ولا توصف بالمالكية فاذا جعل المولى معتقا
بعد الموت كان جعل المكاتب معتقا بالطريق الاولى فيحصل
الاستغناء بهذا البيان عن التردد بذلك الذي اورده الخصم فبأي
طريق صار المولى معتقا بذلك الطريق صار المكاتب معتقا
ولئن قال المولى يقدر حيا فنقول كذلك المكاتب يقدر حيا
ولئن قال المولى صار معتقا في آخر جزء من اجزاء حياته فنقول
كذلك المكاتب صار معتقا في آخر جزء من اجزاء حياته وهذا لان شرط
كونه معتقا هو القبض ولم يوجد القبض الا بعد الموت ومع هذا
جعل معتقا فلان يجعل ... شرط كونه معتقا الاداء ولم يوجد
الا بعد الموت فيجعل معتقا قبل الموت والفقه فيه ان عقد الكتابة
تعليق بشرط الاداء والمعلق بالشرط لا يستقبل بوجود الشرط
وانما يثبت بعد وجود الشرط ولكن اذا وجد الشرط يستند
التعليق وصار المعلق سببا حال ثبوت الحكم سابقا على السبب
لان الاسباب اعلام على الاحكام في الحقيقة ويجوز ان يكون الشيء
علما على شيء بعده ... اذا قال لآخر اعتق عبدك عني
على الف فقال اعتقت يثبت الملك مقتضى سابقا على قوله اعتقت فهو
المقتضي والملك يثبت ... لقوله اعتقت لانه المقتضى حكم المقتضي

ولا يوجد الكل بالم يوجد قوله اعتقت فيجمع هذا شيئا بقا
بقي قوله اعتقت فكذلك شيء كونه معتقا في اخر جزء من اجزاء حيوته
بل اذا بعد الموت ولا يرى من هذا ان يكون المولى معتقا في اخر
جزء من اجزاء حيوته تعلق بالقبض بعد الموت والقبض مقصور
على ما بعد الموت ومع هذا جعل معتقا قبل الموت فكذلك كونه معتقا
في اخر جزء من اجزاء حيوته معلق بالاداء المقصور على ما بعد الموت
يجعل معتقا في ذلك الجزء ولان الاصل ان يكون الحكم بقدر السبب
ولكن يجوز ترك الاصل لمسيس الحاجة الضرورة ويتقدر بقدر الضرورة
وهنا لان المكاتب محتاج الى ان يصير مالكا من الحق حقيقة بان
يعتق بعقده اولاده ويتخلص له اكسابه ويقضي منها ديونه الحالة
عنه ويتخلص اولاده من ذل الرق كما ان المولى
محتاج الى تحصيل الثواب بالاعتاق والى سوابق الولاء فيتقدم الحكم على
الموت فكذا هنا فان قلت سلمنا ان المولى محتاج الى بقاء العقد
بعد الموت ولكن لا نسلم ان المكاتب محتاج الى بقاء العقد بعد الموت
لان مقصوده من العقد تحصيل العتق وخلاصه من ذل الرق
والكل يعتق بعد الموت ينتهي الملك والرق فلا حاجة الى بقاء العقد
قلت انه محتاج الى بقاء العقد حتى يستند العتق الى اخر جزء
من اجزاء حيوته ليعتق بعقده اولاده ويقضي ديونه من اكسابه ويتخلص
رقبته من النار وهذا كله امر مقصود للعقلا فكان له بقاء العقد
ثم انه لان الناس كما يسعون لانفسهم يسعون لاولادهم فان المرء
يسعى لنفسه خاصة ليقال سعيه ويتخلص ما يطلب بعد الموت الى احيائه
مدة رحالكا وتقرر المكاتب حيا بل مملوكا في الشرع ورد باتفاقا الله
دون المملوكية فصار لو قال انت حر بعد موتي او اوصى باعتاقه
صح وسعى لمالكيته فطالبه لو مات مدبرا قيل الموت بطل
التدبير ولا يسعى لمملوكيته ليحصل له العتق بعد الموت
ويرد ان الشرع لحي جعله بابقاء المالكية ويرد هنا بالطريق الاولى
لان الموت انفى للمالكية من المملوكية لان المالكية عبارة عن
القاهرية والقدرة والمملوكية عبارة عن المقهورية والعجز
والموت ينافي القدرة لا العجز الا ترى ان الجماد يوصف
بالمملوكية والعجز ولا يوصف بالمالكية والقدرة اصلا ويخرج الجواب
عن اضافة الحرية الى ما بعد الموت بعد الاداء فانه لا يتصور ان

لانه بعد موته حيا جعل كا حيه بخلاف ما اذا مات المدبر قبل المولى
لان عتقه معلق بموت المولى ولم يوجد الشرط فان قيل لو كان
العتق يثبت في اخر جزء من اجزاء حيوته المكاتب لكان ما دفعه بعد موت
وحصته المولى ولم يوجد الشرط بعد ادا البدل قلت ان ذلك زمان
لطيف لا يتسع للقبض ولا الوصية ويتوقف فيه زمان الحرية بخلاف
ثبوت الحرية في ذلك الزمان لان ثبوت الحرية حكم شرعي لا يحتاج فيه الى
سعي العبد فيثبت في الساعة اللطيفة فان قيل الباقي بقيت على
ما اذا مات عاجزا حيث يفسخ الكتابة فكذا اذا مات عن وفاء والجامع
موته قبل البراءة عما عليه قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان الكتابة
لا تنفسخ في الاصل ايضا بمجرد الموت ما لم يحكم الحاكم بالعجز والفسخ في الصحيح
ولا يصح اعتبار الملاة بالعجز الا ترى ان مذهبه ان المشترى اذا مات
مفلسا يفسخ البائع البيع واذا مات مليا لا يفسخ توجيهه ما قال
الشافعي رحمه الله في رواية النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان لهن مكاتب وكان
له وفاء فليحتجبن منه بخلاف المفلس والمعنى ان الاصل المعجز يخال الحيوه
سبب للفسخ فيتقيد الموت اولى لان الموت محقق للعجز ومع القدرة في
حال الحيوة ليس للمولى حق الفسخ فبعد الموت فكذلك والباقي يعلم في شرح
كرنفد الخلاف خصوصا في الطريقة البرهانية المطولة لاعلى طريقة
الصدر الكبير صاحب المحيط برهان الدين الاجل والد الصدر الشهيد
حسام الدين والصدر السعيد تاج الدين رحمه هذا الكتاب عبد العزيز بن
عمر بن مازه البخاري المعروف بمازه البخاري قوله فيترك حيا تقديرا
لسند الحرية بسنادها سبب الا اذا الى ما قبل الموت وهذا جواب عما يقال
من قبل الخصم بان يقال لو بقي العقد بعد موت المكاتب لكان اما ان يثبت الحرية قبل
الموت او بعده فلا يكون الاول لان فيه تقدم المسبب على السبب الاداء
الحرية وتقدم بعد الموت ولا يكون الثاني ايضا لان الميت ليس بمحل
للحرية فعارضها الحرية على كل طريق ممكن فلا يلزم الفساد لانه لو
ثبت الحرية بعد الموت يترك حيا ولو ثبت قبل الموت ثبت الحرية
مع اسناد سببها الذي هو عقد الكتابة فلا يلزم تقدم المسبب على السبب
ثم انه ان عقد الكتابة معنى تعليق الحرية بالاداء والمعلقات
لا تثبت سابقا في الحال عندنا وانما توجد الشرط ويبطل التعليق بموت من
ماله يعلق عليه وهنا الشرط هو الاداء لما وجد من الخلف
وهو الولد جعل ذلك العقد الذي يعلق بالاداء منزلة وجوده بالاداء

حـ
الصدر السعيد عمر بن عبد
العزيز بن عمر والصدر
السعيد تاج الدين احمد بن
عبد العزيز بن عمر وصاحب
تتمة المحيط برهان
الدين محمود بن الصدر
السعيد تاج الدين
احمد بن عبد العزيز رحمهم

استندنا الحرية
الى اخر جزء من اجزاء حريته لفقه السبب بعد الكتابة محال فكان كما الطرس
ممكنا قوله في الخلافيات اراد بها نسخ طريقة الخلاف الخلافيات
ايضا ولكن ما ذكره ابي نسخ طريقة الخلاف من مسائل المكاتب
ان هذه المسئلة وجدها قوله قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا
مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا
بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد اي في الصدر في مختصر
وذلك لان الولد المولود في الكتابة يكاتب تبعا لابيه ويكون
الكتابة كالاب فاذا مات المكاتب سعى ولده على نجومه وخلفه
في الاداء كانه مات وترك مالا فيعتق الولد ولكن على تلك النجوم
لان حق الكتابة لما ثبت في الولد بطريق السراية تبقى بتلك الحق
على الوجه الذي ثبت لابيه فكان الاجل ثابتا لابيه فيثبت له ايضا
فلا يسقط التاجيل بموت الاب كما في الحر اذا مات وعليه دين مؤجل
حيث لا يرجع التاجيل ثم يثبت للوارث ثم اذا ادى الولد حكم بعتق
الاب والولد جميعا لوجود شرط العتق وهو الاداء ويعتق بالاستناد
الى اخر جزء من اجزاء حياته ومثل هذا ليس بممنوع الا ترى ان من حفر بئرا
على قارعة الطريق ثم مات عن عبد لا مال له غيره فاعتقه الوارث
ثم مات فيه انسان يضمن الوارث قيمة العبد كانه اتلفه بعد ثبوت
الكتابة قوله وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي
الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا لفظ القدوري في مختصره و
هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وعندهما يؤديها الى اجله كالمولود
في الكتابة وقال الحاكم في مختصر الكافي واذا مات المكاتب عن غير وفاء
وترك ابنا له او اخته ثم او ولده وكان اشتراهم في الكتابة فانهم
يسعون في الكتابة في قول ابي حنيفة الا ان يؤدي الولد حالة
ان شاء والمكاتبة حالة ... وعتق واما قول ابي يوسف ومحمد
فانهم يقومون ... واستسعاهم يسعون في المكاتبة على نجومها
الى هنا لفظ الكافي وقال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي
قال ابو حنيفة اجعل الولد والمكاتبة حالا يقبل منه العتق وكم
تقول ان الابن والام اذا اشتريا بعقد الكتابة ... يكون الجواز
في ذلك كله سواء الحديث لفظه ثم الولد المشترى في الكتابة هل يكاتب
عليه فيه روايتان ذكرناهما عن الاجناس في اول الفصل الذي بعد باب
ما يجوز للمكاتب ان يفعله وجه قولهما ظاهر لان المشترى في الكتابة

بكاتب

١٦٢
فكانت على اصلها كالمولود فيها ثم يسعى المولود على نجوم ابيه فكذلك
المشترى الا ترى ان المولى لما كان غير قادر على المشترى فالاعتاق يعلم انه ملحق
بالولد المولود في الكتابة ولا يكون الكتاب الغير لا يصح لعدم ملك المولى فيها وجه
قول ابي حنيفة ان الولد المشترى لم يدخل تحت الكتابة بطريق السراية
الاصل لعدم امكان السراية لانه منفصل عن الاصل حالة العقد
والمعلوم شرط حقيقة الاصل دون الولد الا ان الولد المولود في
الكتابة يدخل تحت الكتابة بطريق السراية لانه من اجزاء الاصل
وقت الانفصال على صفته ... الكتابة فيسعى على نجوم
الاصل فظهر الفرق بين الولد المشترى والمولود في الكتابة ولكن
الولد المشترى اذا جاء ببدل الكتابة حالا قبل منه ويعتق لانه
من ... كالاصل فجعل اداؤه كادائه وقال الامام الاسبيجابي في شرح
الكافي فاذا اشترى المكاتب ولده من امرأة ابتاعها كان بمنزلة الاب
ويعتق بعتاق ابيه ثم قال الولد المولود في الكتابة يدخل في
الكتابة فكذلك الولد المشترى يدخل في الكتابة والمولى ان يطالب الاصل
بدون الولد لان الولد لم يدخل قصدا انما دخل تبعا فليس له ان يطالبه
بعد قيام المتبوع فاما الولد من كسب الاب او الام فله ان يؤدي
الكتابة من كسب الولد فاذا ادى عتق وعتق الولد ولو مات قبل الاداء
عن مال او غير مال فالولد المولود يقوم مقامه فيسعى على النجوم كالاب
واذا ادى حكم بعتقه وعتق الاب او الام ويورث منه ما بقي ... الام
فاما الولد المشترى فان يستقل بالاداء ... ان علوا اشتراهم
المكاتب يدخلون في كتابته سوى الا في فصل واحد وهو انه اذا مات
عن غير مال يقال لهم اما ان تؤدوا الكتابة حالا والا رددناكم في الرق
واما ما سوى الوالدين والمولودين من ذوي الرحم المحرم كالاخ والعم
ونحوهما لا يدخلون في الكتابة عند ابي حنيفة وعندهما يدخلون وعلى قولهما عندهما
الولد المولود والمشترى والوالدان وذو الرحم المحرم كلهم سواء
يسعون على النجوم واصلا في ذلك اصلا وقال كل من ملكه الحر
يعتق عليه فاذا ملكه المكاتب يكاتب عليه ويقوم مقامه وكل من
اشتراه الحر بقوم يصير ام ولد له فاذا اشتراه المكاتب صار ... لا يلد
الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي قوله وان اشترى ابنه ثم مات
وترك وفاء ورثه ابنه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المكاتب يشتري ابنه ثم يموت

واحدة

ولو كذا قال ... وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة
ورثه ايضا اي هذا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لانه لما اشترى ابنه
دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة يحكم بعتق المكاتب في اخر جزء
من اجزاء حياته بطريق الاستناد لان الميت ليس بمحل
للاعتاق ويعتق ابنه ايضا لانه من كسبه في ذلك الوقت فيثبت
الحرية للابن حين موت ابيه فيرثه وكذلك اذا كان الابن مكاتبا
معه يرثه ايضا اذا ادى الكتابة لانه اذا كان صغيرا كان تبعا
لابيه فيعتق بعتاق ابيه وان كان كبيرا فكذلك لانهما جعلا
كشخص واحد لاتحاد العقد فيعتقان معا فيرثه لانه مات
عن ولد حر اما اذا كان الابن مكاتبا بعقد على حدة لم يرث الابن
منه شيئا نص عليه الحاكم الشهيد في اول باب موت المكاتب من مختصر
الكافي وكذلك نص في باب جنايات المكاتب ايضا وذلك لان الابن
اذا كان مكاتبا على حدة لا يعتق بعتاق ابيه بل يعتق باداء نفسه فكان حريته
بعد موت ابيه الى وقت الاداء فيثبت انه لا يعتق في حال موت ابيه
فلا يرث لان الرق مانع من الارث كالكفر **قوله** يحكم بحريته في
تلك الحالة يعني يجوز اي يحكم بكون الولد حال حرية الاب في تلك الحالة
ما قبل الموت ... بقوله يحكم على ... لقوله يستند الحرية باسناد
الاداء اي الى ما قبل الموت **قوله** فان ادى ام المكاتب
ولده ولد من حرة ترك دينا وفاء بالمكاتبة فجنى الولد فقضي به على
عاقلة الام لم يكن قضاء بعجز المكاتب اي كذا لفظ الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المكاتب يكون له الولد من الحرة
فيموت المكاتب ويترك دينا وفاء بالمكاتبة فيجني الولد جناية
فيقضي بها القاضي على عاقلة الام قال ليس هذا بقضاء من القاضي
بعجز المكاتب وان كان موالي الاب وموالي الام اختصموا في ولائه فقضى
به القاضي لموالي الام كان هذا قضاء منه بعجز المكاتب الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي
واذا مات المكاتب وله دين على الناس وله ولد من حرة فهو
مولى لموالي الام فان خرج الدين فادي المكاتبة فاذا اديت
رجع ولاء الولد الى موالي الاب ولم يرجع موالي الام بما عقلوا
عنه بعد ذلك فان جنى الولد فقضي به قبل خروج الدين فاختصم
موالي الاب وموالي الام في ميراثه فقضي به لموالي الام فهذا ابطال الكتابة

فان خروج

فان خروج الدين كان ميراثا للمولى عن عبده الى هنا لفظ الحاكم والفرق بين
الفصلين ان في المسئلة الاولى قضى القاضي بحكم الكتابة حيث قضى بالعقل
على عاقلة الام لان حكم بقاء الكتابة ان يكون الولاء لموالي الام لانه لم يتقرر
اثباته من موالي الاب لان الاب لم يعتق بعد فهذا القضاء يقرر حكم
الكتابة لا يكون قضاء بفسخها ولكن الحاق الولاء لموالي الام لا بسبيل الاستقرار
بل على احتمال ان يعتق الاب فيجر الولاء الى مواليه فاذا خرج الدين
واديت الكتابة انتقل الولاء الى موالي الاب لانه عتق ولم يرجع موالي
الام بما عقلوا على موالي الاب لان الولاء انتقل اليهم بعد الموت لا قبله
واما اذا مات الابن بعد موت المكاتب فاختصم موالي الاب وموالي الام
في ميراثه فقضى القاضي بالولاء لموالي الام كان ذلك القضاء فسخا للكتابة
لان خصومتهم وقعت في بقاء الكتابة وانفساخها لانه لا يستقر الولاء لاحد
الموليين الا بناء على ذلك ان تنفسخ او بقيت الكتابة ويعتق الاب كان الولاء
لمواليه وان انفسخت كان الولاء لموالي الام فموالي الام يقولون انفسخت
حيث اعتقدوا ان المكاتب مات عبدا وهو مذهب ... ويستقل
الولاء الينا بحريته ثم اذا قضى القاضي بالولاء لموالي الام وقع ذلك في
فصل مجتهد فيه فينفذ فكان القضاء بعجزه ثم اذا خرج الدين كان ذلك
للمولى لانه كسب عبده **قوله** فان ادى المكاتب من الصدقات الى
مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى اي كذا لفظ الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المكاتب يؤدي الى مولاه من
الصدقات ثم يعجز وان كان المولى غنيا قال هو له طيب كله الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان تبدل سبب الملك جار مجرى
تبدل العين الا ترى الى ما روى البخاري باسناده الى انس ان النبي صلى الله
عليه وسلم اتي بلحم تصدق به على بريرة فقال هو عليها صدقة ولنا
هدية وفي رواية عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم هو لها صدقة ولنا هدية
والمعنى في ذلك ان الخبث باعتبار انه من اوساخ الناس لتعين
المال وكان الخبث في الجهة وهي جهة المسئلة مع الغنى فلم يبق مع
التبدل بتبدل السبب لان المولى يتناوله بجهة غير الجهة التي تناولها
المكاتب لان المولى ياخذه على انه بدل الكتابة لا على انه صدقة قالوا
في شرح الجامع الصغير وهذا بخلاف الفقير اذا اباح للغني والهاشمي
عين ما اخذه من مال الزكاة من الطعام لانه لا يحل لهما تناوله لان الملك
لم يتبدل لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره ما ذكر في كتاب
المأذون

اما اخذ

في رجل اشترى طعاما ماكولا بيعا فاسدا انه لا يحل له تناوله وان
لغني لم يحل للمباح له ايضا فان باعه بيعا صحيحا او وهبه يحل للثاني
لتبدل الملك وكذا هنا قياسا على تلك المسألة وان لم يذكر في المبسوط قبل العجز
لم يبطل الا ان ابا يوسف يقول يبطل ما يتعلق به ايضا فحل للمولى تناوله
فلو عجز هذا اذا عجز بعد الاداء وفي يده صدقات من الزكوة هل يحل تناوله للمولى
اذا كان غنيا او هاشميا لم يذكر حكمه في الجامع الصغير وذكر اخر
ضمان الكاتب من كتاب المكاتب انه يحل له الوجهين جميعا قال الحاكم
الشهيد في مختصر الكافي واذا تصدق على المكاتب بصدقة فقضى منها
المكاتب اذا لم يكن فيها وفاء فعجز عن المكاتبة والصدقة في يده قال هي طيبة
للمولى الى هنا لفظ الحاكم قالوا وهذا لا يشكل على قول محمد انه يحل للمولى
لان المذهب عنده انه اذا عجز المكاتب فيملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ و
لذلك وجب نقض الاجارة اذا آجر المكاتب امته ظئرا ثم عجز فصار
كما اذا ادى ثم عجز واما عند ابي يوسف لا تطيب لان المكاتب اذا عجز
صار حق المولى في اكسابه وتصير المكاتب كما مضى كالعبد المأذون ويصير
كان الصدقة وقعت للمولى من الاصل فلا يحل له وقال بعض مشايخنا انها
تحل للمولى على القولين جميعا لظاهر جواب الكتاب وهو الاصح وشبه ذلك
بابن السبيل اذا اخذ الزكوة ثم اذا وصل الى ماله وفي يده لا بأس بان يتناول
من تلك الصدقة وكذلك الفقير اذا تصدق عليه ثم استغنى لا بأس
بان يتناول من تلك الصدقة وكذلك الفقير اذا مات وترك صدقات
تحل لوارثه وان كان غنيا ولكن لا نص هنا على التفصيل عن ابي يوسف
كذا قال فخر الاسلام علي البزدوي فاما اذا اعتق المكاتب يحل له ما في يده
من الزكوات اتفاقا ذكره في كتاب المكاتب لان ما اخذه لم يكن غنيا
فاذا كان غنيا بعد العتاق حل له ايضا لان السبب نوع ابطل
كابن السبيل اذا وصل الى ماله على التفصيل الذي لا يطيب للمولى تناوله
بعد عجز المكاتب فهل يلزمه رده قال فخر الاسلام لا يلزمه الرد وان
كان لا يجزي الزكاة من اداه لان فساد جهة الزكوة لا ينقض الاداء
الا ترى ان عند ابي يوسف اذا ادى رجل زكوة ماله الى رجل ظنه فقيرا فاذا هو غني ولم يعلم
به ثم علم لا يجزئه ولا يسترد وكذلك اذا ادى الى مكاتبه ولم يعلم لم يجزئه
بالاجماع ولم يكن له حق الاسترداد فكذلك ههنا لا يلزمه الرد لكن
يتصدق به على الفقراء فان رده على الاول يجب ان يصح ويخرج عن عهدته
فقضى كان الكرد ورد علمه ارغينا نظيره رجل غصب شيئا فآجره فاخذ

من اجرته

١٦٤

من اجرته ان يتصدق به ويتصدق به فان رده على المغصوب منه يبرأ عن
عهدته فكذا ان المردود عليه ارغينا **قوله** قال واذا جنى
العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي
صورتها في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في عبد جنى جناية فكاتبه مولاه ولا يعلم ثم عجز قال يقال للمولى
ادفعه او افده وهو مكاتب ثم عجز قبل ان يقضى عليه بشيء دفعه الى
مولاه او فداه وان قضي عليه بالجناية ثم عجز كان دينا يباع فيه
رجع ابو يوسف الى هذا هذا لفظ اصل الجامع الصغير قال الحاكم
الشهيد في باب جناية رقيق الكاتب من مختصر الكافي واذا جنى جناية
ثم عجز قبل ان يقضى بها عليه دفعه مولاه بها او فداه وان قضي عليه
بالجناية ثم عجز فهو دين في عنقه يباع فيه قال الحاكم ابو الفضل وذكر
في كتاب الجنايات ان ابا يوسف كان يقول مرة اذا عجز فالجناية في عنقه
وان لم يكن قضي بها الى هنا لفظ الحاكم وذلك لان المولى لما لم يعلم بجناية
العبد لم يصر مختارا للفداء بالكتابة ولكن الكتابة مانعة من الدفع
لخروج الاكساب من يده ومن ارش الجنايات كذا قال الفقيه ابو الليث ان
عجز المكاتب زال المانع من الدفع وعاد الحكم الذي كان للعبد
الجاني حكما فالحكم فيه الدفع او الفداء فاذا جنى المكاتب حتى يقضي
القاضي عليه بالقيمة ثم عجز يكون قيمته دينا عليه يباع فيه لان
الحق انتقل بقضاء القاضي من الفداء الى القيمة فلا يعود بعد ذلك بالعجز
فاما اذا جنى المكاتب ولم يقض عليه بالقيمة ثم عجز دفعه مولاه او فداه
وهو قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اخرا وقول ابي يوسف الاول
وهو قول زفر انه اذا عجز قبل القضاء يباع فيه ايضا وحاصل ذلك ما قال في
شرح الجامع الصغير ان جناية المكاتب لا تصير مالا الا بالقضاء او بالصلح
او برضاه او بالموت عن وفاء وعند زفر تصير مالا في الحال وهو قول ابي يوسف
اولا وجه قول زفر ان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم للحال
فانعقدت جنايته موجبة للمال في الحال كجناية المدبر الا ان حكم جناية المدبر
وجوب القيمة على المولى لان كسبه ملك المولى وحكم جناية المكاتب على المكاتب
لان كسبه ملكه ولنا ان الاصل في جنايات العبد الدفع الا اذا تعذر
التسليم ودليل التعذر هنا متردد ولا يحتمل لان الكتابة قابلة للفسخ
فيحتمل فلا ينتقل الحكم الاصلي الى القيمة الا بالقضاء او الرضا كالعبد
المبيع اذا ابق لا يحكم بانفساخ العقد لتردد الحال فكذلك هنا بخلاف الذي مات عن الوفاء

قال المانع ثابت على الفور بلا توقف ولا تردد لو وجبت القيمة في الحال
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات من مختصره وجناية المكاتب
على نفسه دون سيده ودون العاقلة تحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش
الجناية فاذا حكم الحاكم عليه صار دينا عليه وسقطت من رقبته وقال قبل حكم
الحاكم فهو في رقبته لو عجز بعد الحكم باعه الحاكم في دينه وان عجز قبل
الحكم قيل للمولى ادفعه او افده بارش الجناية فاما اذا حكم فهي دين عليه
يؤديها من كسبه ما دام في الكتابة الى هنا لفظ الكرخي
قوله قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة الى هنا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه
وذلك لان الكتابة سبب لحصول الحرية وسبب حق الحرية حقه فلا يجوز ابطال
حقه فلا يبطل بموت المولى كالتدبير ولانه لو انفسخ لكان فيه ابطال حقه
اذ له السبيل الى الورثة على نجومه كما يؤدي في حال حياة المورث لان الحق
اذا وجب لشخص بقي على تلك الصفة فتخلفه الورثة فيه ايضا قال الشيخ
ابو جعفر الطحاوي في مختصره ومن مات وله مكاتب كانت المكاتبة
التي على المكاتب موروثة عن مولاه كما يورث عنه سائر امواله سواها وكان
ولاء المكاتب اذا ادى المكاتبة لمولاه لا لورثته الى هنا لفظ الطحاوي
وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي المكاتب لا يورث وانما يورث
ما في ذمته من الكتابة فاذا ادى عتق ويكون الولاء للميت لا من الورثة
حتى انه يرثه الذكور من عصبة الميت دون الاناث ولو اعتقه الوارث
عتق ويكون الولاء للمولى ويكون عتقه ابراء عن بدل الكتابة هذا
اذا كان الوارث واحدا ولو كانوا اكثر فاعتقه احدهم لم يجز
لان الوارث اذا كان واحدا انما يعتق لا بحق الملك ولكن لانه يبرئه
ذمته ركب العتق على الابراء وهو يملك الابراء وفي ذلك الابراء فانه فلذلك
عتق واما اذا كانوا اثنين فاعتاقه لا ينفذ لانه لا يعتق وليس
الابراء حتى يبرأ عن حصته فلم يصح وليس كمكاتب بين اثنين اعتقه احدهما
انه يعتق لانه يملك الرقبة بخلاف الوارث فانه لا يملك شيئا في رقبته
والدليل على ان الرقبة لا تصير موروثة ان المولى لو زوج ابنته من مكاتبه
لم ينفسخ النكاح ولو كان موروثا لوجب ان ينفسخ لان احد الزوجين اذا
ملك صاحبه او شقصا منه ينفسخ ولو ان الطحاوي اراد ان يتزوجها
لا يجوز لان له حق في الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يفسد
نكاحا قد صح وهذا كما نقول في المقبوض بعقد فاسد اذا كان جارية

بمزوجها

بمزوجها البايع جاز ثم اذا مات البايع فلان البايع حق الاسترداد
ولا يفسد النكاح حتى يسترد ولو اراد ابتداء النكاح بعد موت البايع
لم يجز وكذلك لو كان لابن المولى دين على المكاتب فكفل رجل
ثم مات المولى لم تبطل الكفالة ولو لم يكن كفل في حال حياة المولى
واراد ان يكفل بعد الوفاة لم يصح كذا في شرح الطحاوي قوله
ولا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء استثناء من قوله ولا تنفسخ الكتابة
قال هذا دفعا لتوهم السؤال بان يقال كيف لا ينفسخ بسبب الحرية
وهو الكتابة به وعند ذلك كان استيفاء البدل للمولى فالآن للورثة وهو
تغيير فاجاب بقيامهم مقامه في الاستيفاء ثم لا يعتبر تغييرا في عقد
الكتابة لانها باقية كما كانت لا انهم يخلفونه في ما يورثونه
له ولا يسمى ذلك تغييرا في الدين فكذلك في الكتابة به قوله قال فان اعتقه
احد الورثة لم ينفذ عتقه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
المكاتب لا يجوز تمليكه بسائر اسباب الملك فكذا بالارث فلما لم
يملكوه لم يصح اعتاق احدهم قال في شرح الاقطع وقال ابو يوسف يعتق نفذ
وهذا الخلاف فرع على اصل وهو ان المكاتب لا يصح ان يملك ولا يجوز
بيعه وقال ابو يوسف يجوز لنا انا لو جعلناه عتقا لصار ابراء
عن بعض بدل الكتابة لا يوجب عتق شيء كما لو ابرا المورث حال حياته
عن البعض لان عتق المكاتب معلق ببراءة ذمته عن جميع البدل
باداء الجميع او الابراء عن الجميع * ولم يوجد براءة الذمة فلا يصح اعتاق
احدهم قوله قال وان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة
وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وهذا استحسان
والقياس ان لا ينفذ لان العتق لا يصح الا في الملك وهم ما ملكوه
وجه الاستحسان ان اعتاقهم جميعا يعتقهم هو حق لبعض ابرائه
عن حقهم جميعا فيتضمن الابراء لو لم يوجب الاعتاق ابقاء على كلامهم
تصحيحا لتصرف العقلاء بقدر الامكان فكان قولهم هو حر اقرارا بالابراء كما
يتضمن الابراء فيعتق بخلاف ما اذا اعتق احدهم حيث لا يعتق لانه لا يمكن
اثبات عتقه بطريق الابراء عن حصته لان العتق بسقوط جميع البدل ولهذا
اذا ابرا المورث عن بعض البدل حال حياته لا يعتق

كتاب الولاء ٣

ايراد كتاب الولاء عقيب كتاب
المكاتب ظاهر التناسب لما ان الولاء من اثار المكاتب ماخوذ
من الولي وهو القرب وفي الشريعة يراد به القرابة الحاصلة بسبب العتق

ايضا والولاء

اي بسبب الموالاة فالحاصل ان الولاء نوعان كما قال صاحب الهداية ولاء العتاقة
وولاء الموالاة ويسمى ولاء العتاقة ولاء نعمة ايضا لقوله تعالى واذ تقول
للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي بالاعتاق وهو زيد وكان عبدا لخديجة
رضي الله عنها فوهبته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتقه كذا ذكره في التيسير
في تفسير سورة الاحزاب وفي ولاء الموالاة خلاف الشافعي وسيجيء بيانه
ان شاء الله تعالى في فصل ولاء الموالاة وفي ولاء العتاقة الاعلى يرث من الاسفل ولا يرث
الاسفل من الاعلى وذكر الامام سراج الدين في شرح الفرائض السراجية
في باب العصبات ان المعتق لا يرث من المعتق عند العامة وقال
اسحق بن راهويه والحسن بن زياد وشريح انه يرث لما روي ان رجلا
مات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يكن له وارث الا عبدا كان اعتقه
فدفع النبي صلى الله عليه وسلم ميراثه اليه ولان الولاء سبب يوجب الميراث
من احد الطرفين فيوجب من الطرف الاخر كما في النكاح والصحيح قول
العامة لان ذلك الحديث غير صحيح ولئن صح فهو منسوخ لقوله صلى الله عليه وسلم
الولاء لمن اعتق ولكونه معارضا لقول علي وزيد بن ثابت قال الاصوات
للمعتق بالسبب وشرط صحة هذا العقد اي عقد الموالاة ان لا يكون
للاسفل نسب اي لا يكون له معتق ولا يكون عربيا لان العرب لا يسترقون
فلا يكون عليهم ولاء عتاقة فكذا ولاء الموالاة وقال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه
فيصح ولاء الموالاة **قوله** بسبب العتق على ملكه في الصحيح اي سبب ولاء
العتاقة وانما قيد بالصحيح احترازا عن قول البعض الخ قال شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي واكثر اصحابنا يقولون سببها الولاء الاعتاق
ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق
ههنا والاصح ان سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء
العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق **قوله** وهو يقال ولاء العتاقة ويقال ولاء
الموالاة اي ولاجل ان سبب ولاء العتاقة العتق وسبب ولاء الموالاة هو
عقد الموالاة يقال باضافة الولاء الى العتاقة والموالاة والاضافة دليل
السببية لان الاضافة للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص اضافة الحكم
الى سببه لانه حادث بالسبب المعنى المطلوب بكل واحد من الولائين التناصر
لان المعتق مولى الموالاة يتناصر بفضله مولاه ولهذا شرط في ولاء الموالاة
ان لا يكون للاسفل نسب لانه اذا كان له نسب يتناصر بقبيلته
نفسه ولا حاجة الى التناصر بقبيلة غيره **قوله** قال ان مولى القوم من

وحلفهم

وحلفهم منهم لعدم مرسل لقوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم من انفسهم وحديث
ابي رافع في كتاب الزكوة ولكن لم تذكر قوله وحليفهم منهم في لفظ الحديث
في السنن وشرح الآثار وذكر القاضي في الجامع الكلام في حديث النبي
صلى الله عليه وسلم من كان حليفا او عزيزا في قوم تبعه اعملوا عنه بصرده
ثم ... لهم اذا لم يكن له وارث قال صاحب المغرب الحليف
المحالف وهو المعاهد والعزيز الدخيل فيهم ليس من انفسهم من عزه
واعتزه اذا غلبه ... عنه اي رحمت عليه ... عنه
قوله قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له اي قال القدوري في مختصره
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق رواه البخاري في الصحيح
باسناده الى عائشة في كتاب المكاتب وفي كتاب الزكوة عن النبي صلى الله
عليه وسلم ولان التناصر يحصل بالاعتاق ولهذا يعقل عن المعتق مولاه
لان عاقلة الرجل اهل نصرته ولهذا لو كان قوم يتناصرون بالحرفة
كان عاقلتهم اهل الحرفة ومن لا ... له يستنصر بمولاه وبعصبة
مولاه فكمن ... مولاه وعصبته الا ... قال ... لان الاعتاق
احياء معنوي لانه ازال الرق الذي هو جزء الكفر الاصلي والكفر موت
معنى فكان في الاعتاق ازالة اثر الكفر الذي هو الموت المعنوي فيكون
الاعتاق احياء معنويا والنسب احياء حقيقي لان من لا نسب له كولد الزنا
يسمى ... غالبا لعدم من يربيه ... نسبه وليس للام
قوة التربية لضعف ... احياء حقيقيا بالنسب الذي هو
الاحياء الحقيقي كالولاد مثلا ... اصل الارث مجازا
بالاحياء المعنوي الذي هو الاعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة
كلحمة النسب ... الارث ... للاعلى للاسفل لقوله صلى الله عليه وسلم
انما الولاء لمن اعتق وهذا معنى قوله ويضيف الولاء كالولاد وان المنعم
بالقوم ... العقل ...
... **قوله** وكذا المراة تعتق هذا لفظ القدوري
اي وكذا يثبت الولاء لها لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق والى هو الحديث
بعمومه كما رويناه **قوله** ومات معتق لابنة حمزة الى آخره ذكره استدلالا
على ثبوت الولاء للمراة المعتقة قال الحسن بن زياد في كتاب المجرد اخبرنا
ابو حنيفة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد بن الهاد ان ابنة حمزة بن
عبد المطلب اعتقت عبدا لها فمات وترك ابنته فاعطى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ابنته النصف واعطى ابنة حمزة النصف وقال محمد في الاصل

وروي الخبر عن عمر وعلي وابن مسعود وابي بن كعب وزيد بن ثابت وابي مسعود
الانصاري واسامة بن زيد رضي الله عنهم قالوا ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن
وعن ابرهيم قال ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او كاتبن او اعتق من اعتقن
قوله ويستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره اي يستوي في ثبوت الولاء للمعتق
الاعتاق بمال وبغير مال لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق قال في
شرح الطحاوي الجملة في هذا ان كل من يثبت العتق من جهته يثبت الولاء منه
سواء شرط الولاء او لم يشرط او تبرأ من الولاء وسواء كان العتق ببدل او بغير بدل
وعتق بالاعتاق او بالقرابة او بالاداء بدل الكتابة او بعد الوفاة بالتدبير
او بالاستيلاد وسواء كان العتق عن واجب كفارة القتل والافطار والظهار
والنذور والايمان وغيرها او غير واجب وكذلك اذا امر غيره بان يعتق عبده
في حال حياته او بعد وفاته فان العتق يكون عن الامر والولاء له والعتق ان
يكون على المامور به فان قال لو قال اعتق عبدك عني ولم يذكر البدل عتق
عن المامور والولاء له عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يعتق عن الامر
والولاء له ولو قال اعتق عبدك على الف درهم ولم يقل عني فاعتق عتق
على عبدك للعبد فان قبل في المجلس عتق ويلزمه المال والا فلا فان
اعتق عبده عن غيره بغير امره فان العتق عن المعتق والولاء له فان اجاز
ذلك الرجل او لم يجز حيا كان او ميتا لان العتق وقع عنه فلا ينتقل
الى غيره كذا في شرح الطحاوي قوله قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل
والولاء لمن اعتق اي قال القدوري في مختصره والسائبة العبد يعتق ولا يكون
ولاؤه لمعتقه ويضع ماله حيث شاء كذا في مجمل اللغة والاصل فيه ما روي
ان عايشة ام المؤمنين ارادت ان تشتري بريرة لتعتقها فقال اهلها على
ان ولاها لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن اعتق
روى البخاري هذا الحديث بروايات مختلفة وفي كل ذلك ان الولاء لمن
اعتق فعلم ان شرط بطلان الولاء عن المعتق باطل وقال الخرقي من
اصحاب احمد بن حنبل في مختصره ومن اعتق سائبة لم يكن له الولاء عليها
قوله قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان عتق المكاتب من جهة المولى بالسبب الذي
باشره وهو الكتابة والولاء لمن اعتق فانه اي الباب فاخر عتقه الى الاداء
فاشبه العتق المعلق بشرط هذا اذا اداه في حال حياة المولى فكذا اذا مات
المولى قبل الاداء ثم اداه المكاتب على نجومه الى ورثة المولى يكون الولاء
من المكاتب للورثة وان كانوا يخلفونه في الاستيفاء لان العتق حصل

والفتح

فاسره

مما باشره من السبب حتى انه يرث الذكور من عصبة الميت دون الاناث
ويبدا ببناه فقبل كتابة الولاء في مسألة موت المولى وهو المراد بقوله
بعد موته وكذا في المكاتبة وقالوا في العبد الموصي بعتقه او بشرائه فيعتقه
بعد موته ان ولاءه للميت لان العتق يقع عنه وتركته على حكم ملكه
تقديرا فيقع العتق في العبد وهو على ملكه فيكون ولاؤه له كذا في
شرح الاقطع قوله وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه بعد وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير
فلما روي في باب التدبير من قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث
وهو حر من الثلث ولما علل في باب التدبير ايضا بقوله ولان التدبير
وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فيعتق
من الثلث ولو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه واما عتق ام الولد فلما
روي في باب الاستيلاد من حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان
الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين فاثبت
الولاء من المولى فلان العتق حصل بالسبب الذي من المولى وهو التدبير والاستيلاد
قوله ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه هذا لفظ القدوري في
مختصره وتمامه فيه وولاؤه له اعلم ان من ملك ذا رحم محرم منه
يعتق عليه صغيرا كان او كبيرا صحيح العقل او مجنونا وقال مالك
واصحاب الظاهر لم يعتقوا الا بالاعتاق الا الكل وقال الشافعي لا يعتق بالملك
الا من له ولاد ولنا ان العتق من له رحم محرم بالاجماع بين اهل الذمة والاسلام
من العموم ما روي في السنن مسندا الى سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك
ذا رحم محرم فهو حر واذا ثبت العتق على من ملكه ثبت الولاء له لان السبب
وجد منه وهو العتق عليه وبيان الاتيان وقد مر في اول كتاب العتاق
بقوله فانما في العتاق اشارة الى الحديث المذكور قوله واذا تزوج
عبد لرجل امة رجل آخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد
عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا وهذا لفظ
القدوري في مختصره قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره ولو ان رجلا زوج
امة له لعبد قوم فحملت منه ثم اعتقها مولاها وهي حامل كان له ولاؤها
وولاء ولدها ولم يتحول ذلك الولاء ابدا الى موالي ابيه وان اعتق ابوه في المدة
التي يعلم بها ان الامة كانت حاملا بالولد يوم اعتقت بان تاتي به
لوم عتقها لاقل من ستة اشهر فيعلم بذلك انها كانت حاملا يوم اعتقت

سنتين
الا ان يكون في عدة من طلاق بائن او من موت زوجها فيكون حاملا لاقل من
فيحكم بوقوع العتق عليهما وهو حامل اي حمل لفظ الطحاوي الاصل
في هذا ان كل من كان له ولاء نفسه فلا يكون تبعا لغيره في الولاء لانه يوجد
ولاؤه قصدا فالذي يثبت بالقصد كان اولى وانما يثبت الولاء للحمل مقصودا
لان الحمل لما كان ثابتا يوم اعتقت الام كان كسائر اجزائها فوقع العتق
عليه مقصودا كسائر اجزائها لان الاوصاف القارة في الامهات
تسري الى الاولاد وهذا اذا ولدته بعد عتقها لاقل من ستة اشهر
او ولدت توأمين احدهما لاقل من ستة اشهر لتيقن الحمل حين اعتاق
الام لان التوأمين خلقا من ماء واحد فاذا ثبت وجود احدهما وقت اعتاق
الام ثبت وجود الاخر ضرورة وانما ثبت الولاء لمولى الام لقوله صلى الله عليه وسلم
الولاء لمن اعتق وانما لم ينتقل الولاء عن مولى الام الى مولى الاب ابدا اعتق
لان ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق يقتضي ان لا يكون الولاء لغير المعتق
ولان النبي صلى الله عليه وسلم ابطل في حديث بريرة الولاء لغير المعتق فلو جاز تحول
الولاء لجاز شرطه لغير المعتق وهذا الذي ذكره القدوري من ثبوت ولاء
الولد لمولى الام في ولاء العتاقة بخلاف ولاء الموالاة حيث يكون ولاء الولد
لمولى الاب بعد ان المرأة الحبلى اذا والت رجلا وزوجها والى غيره كان ولاء الحمل
لمولى الاب لان في ولاء الموالاة لا بد له من الايجاب والقبول والجنين
ليس باهل لذلك فلم يثبت الولاء في الجنين مقصودا وانما يثبت تبعا فجعله تابعا
للاب في ولي لان الولاء في معنى النسب والاصل في الانتساب هو الآباء اما ولاء العتاقة
في الجنين اذا كان موجودا وقت اعتاق الام يثبت مقصودا لكونه محلا للعتق
فيثبت الولاء من مولى الام فظهر الفرق قوله فان ولدت بعد عتقها
لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام اي قال القدوري في مختصره تمامه
فيه فان اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام الى مولى
الاب وانما ثبت ولاء الولد لمولى الام ثم انجر الولاء الى موالي الاب اذا اعتق
لان الولاء لم يثبت في الولد مقصودا لعدم تيقن وجوده يوم اعتاق الام
وانما ثبت العتق فيه تبعا للام كسائر العضو لانه متصل بها فاذا
عتقت جميعا كان ولاؤه ايضا تبعا للام فيثبت من مولى الام لانه تعذر
اثبات الولاء من مولى الاب فاذا اعتق الاب زال التعذر فجر الولاء الى مواليه
كما روى محمد في كتاب الاصل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا كانت الحرة تحت
مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا اعتق ابوهم جر الولاء وذلك
الشافعي رحمه العوام انه ابصر يحتي بتبعة لنفسه العجبة

وامهم

لبعض حت الحارقة والحرقة بطن من العرب

وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة اي
اشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل
هم موالي فاختصموا الى عثمان فقضى بالولاء للزبير ولان الولاء صرت
التعصيب فانما يثبت من جهة الاب بدليل قوله الاحكام كالنحو
والعقل والاصل فيه ان الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب اذا تعذر
اثباته من الاب يثبت من الام فاذا حدث النسب الى الاب عاد اليه
كالملاعن اذا اكذب نفسه اثبت النسب لولد اللعان فكذا في الولاء اي
الوضوح هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل ان الولاء جعل في
الشريعة بمنزلة النسب والنسب لا ينفسخ فكذا الولاء يجب ان لا ينفسخ
بعد ثبوته قيل له كذلك نقول لا ينفسخ ولكن حدث ولاء اولى منه
فقدم عليه كما نقول في الاخ له تعصيب فان حدث للرجل ابن كان اولى
من الاخ وان لم يبطل تعصيبه بخلاف المسألة الاولى وهي ما اذا ولدت لاقل من ستة
اشهر حيث لا ينجر الولاء اذا اعتق الاب لان الاعتاق وقع على الجنين مقصودا
لا تبعا للام فلا يتحول الولاء بخلاف ما اذا اعتقت الامة المعتدة عن موت
او طلاق فجاءت بولد لتمام سنتين منذ يوم مات او طلق وقد اعتق
الاب قبل ذلك كان ولاء الولد لمولى امه لا ينتقل لان العتق وقع
على الجنين مقصودا لوجود الحمل وقت اعتاق الام لانه لا يمكن العلوق
بعد الموت والطلاق البائن فيسند العلوق الى حال الحياة والى حال النكاح
فيكون الحمل موجودا حال اعتاق الام لا محالة والطحاوي قيد الطلاق
بالبائن حتى يشمل البائن والرجعي جميعا فانه صاحب
الهداية وذلك لانه لا يثبت الرجعة بالشك فكان العلوق قبل
الطلاق فيثبت وجود الحمل وقت اعتاق الام فيثبت عتقه مقصودا
فيثبت الولاء ايضا مقصودا والولاء اذا ثبت قصدا لا يتحول بعد ذلك
الى موالي الاب قوله قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب
ولا يورث ذكره محمد بن الحسن هكذا في الاصل عن عبيد الله بن عمر عن
عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الجمهرة
وفي ديوان الادب اللحمة بالضم القرابة وفي المغرب اي مشابكة ووصلة
كوصلة النسب قوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق اخره
متصل بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه يعني ثمة يعود الولاء الى موالي
الاب وههنا لا يعود وقد بيناه قوله وفي الجامع الصغير واذا
تزوج معتقة لقوم عبد فولدت اولادا الى اخره وصورتها في الجامع الصغير

مجنى
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في امرأة حرة تزوجت عبدا فولدت منه
الولد فجنى فعقلته عاقلة الام ثم اعتق الاب انه يجر ولاء الولد الى مواليه
ولا يرجع موالي الام بشيء مما ادوا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وذلك لما روي عن عمر وعثمان في آخرين من الصحابة رضي الله عنهم ان الاب
اذا اعتق جر ولاء الولد الى مواليه ولان الولاء لحمة كلحمة النسب والاصل
في النسب الآباء وانما لم يثبت الولاء من الاب لمانع فاذا زال المانع ثبت
منه كاملا لكن اذا اكذب نفسه بعد اللعان فان عاقلة الام يعقلون جنايته
لا يرجعون بذلك على عاقلة الاب اذا اعتق الاب وان يجر الولاء
الى موالي الاب هكذا ذكر في كتب الفقه قيل لان الولاء من قوم الاب
يثبت مقصورا على حالة اعتاق الاب فلم يظهر ان عاقلة الام قضوا
دينا على عاقلة الاب فلا يرجعون بما ادوا عليهم لانهم حين عقلوا لم يكن
الولاء لموالي الاب بل كان لموالي الام وانما يثبت لموالي الاب الآن قال
الفقيه ابو الليث في كتاب العتاق من شرح الجامع الصغير وليس هذا
كولد الملاعنة اذا جنى فعقل عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب يرجع
عاقلة الام على عاقلة الاب لان هنالك النسب يثبت من وقت العلوق الى
الاصل ويتبين ان ولاءه في ذلك الوقت كان لموالي الاب واما ههنا يثبت
الى حال منقطع قوله رجعوا بحيث يرجع على الكل اي كان يغرم الام مجبور على
على اداء العقل لا متبرعين لانهم اجبروا على الاداء لانهم كانوا عاقلة
حينئذ ظاهرا فاذا ثبت النسب من الاب تبين ان الاب يثبت من زمان العلوق
فظهر ان قوم الام قضوا دينا عن غيرهم بحكم القاضي غير متبرعين
بذلك على عاقلة الاب قوله قال ومن تزوج من العجم بمعتقة العرب
فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة اي قال القدوري
في مختصره وهذا قول محمد كذا ذكره في الاصل
وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه وقال صاحب الهداية الخلاف في مطلق
المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا يدل عليه ما قال محمد
في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في المولاة تعتق فتزوج
نبطيا ثم اسلم فوالى رجلا وعاقده ثم ولدت له ولدا قال هو الى
موالي امه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير فيصح ما قال صاحب الهداية
لان محمدا وضع المسألة في مطلق المعتقة ولم يذكر الخلاف في الجامع الصغير
كما ترى وقال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير هذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف ولاء الولد لموالي الاب وفسر الفقيه ابو الليث النبطي
من رجل

من رجل من غير العرب في شرح الجامع الصغير وقال فخر الاسلام معنى هذا
ان يكون المعتقة كانت [illegible] كتابية وقال فخر الدين قاضي خان واجمعوا
انهما لو كانا معتقين او كان الاب معتقا خاصة والام من الموالي الموالاة
فان الولد تابع للاب وكذا لو كان الاب عربيا والام معتقة فالولد
تابع للاب ويدل على صحة ما قال صاحب الهداية ما ذكره الطحاوي في مختصره
واذا اعتق الرجل امة فتزوجها رجل فلم يعرف بالمولى عتاقة
لهم فولدت منه ولدا فان ابا حنيفة كان يقول ولاؤه لموالي امه
لان اباه لا نسب له ولا ولاء عليه في هذا الموالي وقال ابو يوسف ومحمد
حكمه في هذا حكم ابيه ولا ولاء عليه في هذا لموالي امه والصحيح ان محمدا
مع ابي حنيفة الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقال الحاكم الشهيد في رجوع الولاء
من مختصر الكافي واذا كانت الام معتقة والاب حر مسلم لم يعتق
فالولد لموالي الام في قول ابي حنيفة ومحمد وهذا في العبد سواء فهي لو كان قال الوا[illegible]
الاب عبدا والام معتقة كان ولاء الولد لموالي الام فكذا اذا كان حرا
ليس بعربي ولا بمعتق ثم قال في الكافي وكذلك ان كان [illegible] الى الاب حلفا
لانها موالاة عتاقة والعتاقة اولى من الموالاة ثم قال في الكافي فان كان
الاب من العرب والموالي عتاقة فان الولد ينسب الى قوم ابيه وقال
ابو يوسف في هذا كله الولد مولى لموالي الاب وجه قول ابي يوسف ان الولد ينسب
الى قوم الاب باعتبار النسب فيجب ان يكون تابعا لولاء الاب لان الولاء لحمة
كلحمة النسب بالحديث بخلاف ما اذا كان الاب عبدا حيث يكون ولاء الولد
لموالي الام بالاتفاق لان الاب هالك معنى لانه لا يقدر على شيء قال الله تعالى
ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ولان الرق من آثار الكفر
والكفر الاصلي والكفر موت معنى قال الله تعالى او من كان ميتا
فاحييناه اي كافرا فهديناه ووجه قولهما ان الولاء لعقد الانعام
وهو منعم عليه من قبل موالي الام بالحرية فتكون النسبة للام فكان
الولاء لهم ولان الولاء يثبت للنصرة وهو موجود في موالي الام لان
موالاتها كما صرح بالقبائل ولم يوجد ذلك في الاب العجمي الذي ليس
بمعتق لان العجم ضيعوا انسابهم ولا يكون تناصر الملتجئ بالقبائل له
لانه لا قرابة بينه وبينهم في الموالاة بينه وبين الكفار منقطعة
فكان عاقلة الاولاد قوم امهم ولان الاب لما كان عبدا كان ولاء الولد
لموالي الام لانهم عاقلته لانه لا عاقلة له فكذلك ههنا كذا في شرح الاقطع وقيل
لو كان للاب ولاء الى اخلاف كان ولاء الولد لموالي الام لان ولاء العتاقة [illegible]

العتاقة

من ولاء الموالاة ولأن العصبة الأدنى تحجب الأقوى الأبعد أو مولى
مقدم على ذوي الأرحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوي الأرحام ولأن ولاء
الموالاة يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله ولهذا لو خرج رجل
من دار الحرب فأسلم ووالى رجلا ثم سبي أبوه من دار الحرب فأعتق
صار ولاء الولد لمولى أعتق الأب وبطل ولاؤه من والى ولاه لأنه
ظهر أقوى الولاءين فكذا هاهنا ثم اعلم أن الجد هل يجر الولاء أم لا قال
الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال الأسعدي إذا أعتق الجد جر الولاء
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى لا يجر الجد الولاء ولا يكون
بإسلام الجد كذا في الكافي بيانه أن معتقة لقوم تزوجها عبد
وحصل له منها ولد فولاء الولد يكون لمولى أمه بالاتفاق فإن أعتق الأب
انجر ولاؤه إلى موالي أبيه فإن لم يعتق الأب ولكنه أعتق الجد انجر
الولاء إلى موالي جده وقال الإمام سراج الدين في شرحه لفرائضه الموسوم بالسراجي
قال شريح وعثمان ومالك وأهل المدينة إن الجد يجر ولاء الأب
من موالي أمه إلى موالي نفسه وقال القاضي ابن أبي ليلى وابن المبارك وزفر
إن كان الأب حيا فالجد لا يجر الولاء وإن كان ميتا يجر الولاء وقال علماؤنا الأبرار
ويصح الانتفاع بالأب مع الجد يجر الولاء ثم إن الولاء لحمة كلحمة النسب
من الجد لأن أصله باب النسب ولأن الولاء فرع النسب وتابع له
فلا يثبت النسب من الجد بدون ثبوته من الأب ولهذا إذا ادعى الجد
ونفى الأب لم يلتفت إلى دعوته ويدعوه الولد يثبت النسب منه ومن الجد تبعا
فإذا لم يثبت النسب من الجد بدون ثبوته من الأب لم يثبت الولاء بالطريق
الأولى ولأن الجد يدلي إليه بواسطة فلم يجر الولاء كالأخ والعم ولا يكون مسلما
بإسلام الجد إذ لو جاز اتباعه الجد في الإسلام جاز اتباعه جد الجد
إلى ما لا نهاية له فيلزم أن يكون الكفار كلهم مسلمين تبعا لآدم والكفار
يكفرهم ولا وجه إلى ذلك للزوم الجمع بين النقيضين قال في مجمل اللغة
العجم خلاف العرب إلا أن العجمي الذي لا يفصح وإن كان من العرب **قوله**
فإن ولاء العتاقة تعصيب أي قال القدوري في مختصره وذلك لما روى
الحسن بن زياد في المجرد عن أبي حنيفة عن الحكم عن عبد الله بن شداد بن
الهاد أن ابنة حمزة بن عبد المطلب أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق
وترك ابنته فأعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته النصف وأعطى
ابنة حمزة النصف ويعلم من ذكر هذا الحديث أول كتاب الولاء ينقل
من هذا أن ولاء العتاقة تعصيب وذكر أصحابنا في كتبهم أن رجلا اشترى عبدا

فأعتقه

إن يشكرك

فأعتقه فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال هو أخوك ومولاك إن شكرك
فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له وإن مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وذكر محمد
هذا الحديث في كتاب الولاء من الأصل عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم
عن الحسن البصري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى قوله هو أخوك أي في الدين
ومعنى قوله إن شكرك فهو خير له أي إن شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له
لأنه انتدب لما ندب إليه قال صلى الله عليه وسلم من أزلت إليه نعمة
فليشكرها وشر لك لأنه وصل إليك بعض العوائد الدنيا فينقص بقدره
من ثواب الآخرة وإن كفرك فهو خير لك لأنه يبقى ثواب العمل كله لك في الآخرة
وشر له لأن الكفران النعمة قبيح قال صلى الله عليه وسلم من لم يشكر الناس لم يشكر الله تعالى
قوله ولا يعقل الحديث إلا أنه حديث ابنة حمزة وهذا لأن النبي صلى الله عليه وسلم
جعلها عصبته مع وجود الوارث لأن البنت الصلبية وارثة ولكن ليست
بعصبة فعلم بهذا أن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم فإن مات ولم يترك
وارثا وارث هو عصبة لا وارث مطلق **قوله** قال فإن كان للمعتق
عصبة من النسب فهو أولى أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
وإن لم يكن له عصبة من جهة النسب فميراثه للمعتق وذلك لأن النبي
صلى الله عليه وسلم أجرى الولاء مجرى النسب حيث قال الولاء لحمة كلحمة النسب فأجرى
مجرى عصبة النسب لكنه متأخر عنه ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال ولو
لم يترك وارثا كنت أنت عصبته والمراد من الوارث وارث عصبة فإذا ترك
عصبة من النسب كان هو أولى من المعتق وهذا هو المراد بقوله
لما ذكرنا **قوله** فإن قيل إذا لم يكن صاحب فرض ذو حال أما إذا كان
فله الباقي بعد فرضه أي قال وقيل قول القدوري وإن لم يكن له عصبة
من النسب فميراثه للمعتق ولهذا التأويل وجهان أحدهما
أن يقال إذا لم يوجد صاحب فرض ذو حال غير الفرض كالأب والجد
فإن للأب حالا يستحق الفرض وهو العصوبة فإذا وجد صاحب
فرض حقيقة هذا يكون الباقي بعد الفرض لصاحب الفرض والباقي للمعتق
فيكون الضمير في قوله الباقي على هذا التأويل راجعا إلى صاحب الفرض
والوجه الثاني أن يقال إذا لم يوجد صاحب فرض ذو حال واحد وهي
حال الفرض ولا حال له غيره فإذا وجد صاحب فرض صفته هذا
يكون الباقي بعد فرض صاحب الفرض للمعتق والضمير على هذا التأويل
في قوله راجع إلى المعتق والضمير لأنه عصبة على التأويل
الأول راجع إلى صاحب الفرض وعلى التأويل الثاني راجع إلى المعتق

او صفته

كمن المعتق

قوله على ما روينا اشارة الى قوله ولو مات ولم يترك الا ابنتا كنت انت عصبتها
قوله وهذا لان العصبة من يكون التناصر به بسبب النسب اشارة
الى قوله لانه عصبة ويقال للقبيلة الواحدة بسبب النسب قوله
وبالمولى لا يتناصر على ما مر اشارة الى ما ذكره في اول كتاب الولاء بقوله و
كان العرب يتناصرون باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء
بنوعيه قال الامام سراج الدين في شرحه للفرائض في باب العصبات
ثم عند جمهور الصحابة الباقي من سهام ذوي الفروض اذا لم يكن
ثمة من العصبات النسبية احد يصرف الى مولى العتاقة وعن عمر بن
الخطاب وابن مسعود ان الباقي من سهام ذوي الفروض يرد عليهم الا
اذا كان زوجا او زوجة فحينئذ يصرف لمولى العتاقة والفتوى على الاول
قوله فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون
بناته ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن
او كاتب من كاتبن الى هنا لفظ الحديث كذا في ... وهو مروي عن النبي صلى
عدد كثير عن عمر وعلي وابن مسعود وابي بن كعب وزيد بن ثابت وابي مسعود
الانصاري واسامة بن زيد قالوا ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن
وعن بعضهم قال ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او كاتبن او اعتق
من اعتقن وهذا مذهب العامة وعليه الفتوى وذكر الامام
سراج الدين في شرح الفرائض في شرحه ان كل من يرث الميت بفرض
او بتعصيب يرث من معتق الميت لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة
النسب وقوله في آخره او جر ولاء معتقهن اي في آخر الحديث الذي ... صاحب
الهداية وصورة الجر ذكرناها واشار اليه في الحاشية قبل هذا فيما مر
فان اعتق العبد حتى جر الولاء الى ابنه واستغل ... يعني قوله اذا ولدت
المعتقة لاكثر من ستة اشهر ثبت ولاء الولد لموالي الام ثم اعتق الاب
جر الولاء اما اذا ولدت لاقل من ستة اشهر فلا ينتقل الولاء باعتاق
الاب ابدا وقد مر بيانه وصورة جر الولاء معتق معتق امرأة اشترت
عبدا فاعتقته ثم هو اشترى عبدا فزوج باذن مولاه معتقته
فمعتق فولدت ولدا لاكثر من ستة اشهر بعد عتقها كان ولاء الولد لمواليها
فينتقل ... ثم من الاب فاذا عتق الاب ... جر ولاء الولد الى نفسه
ثم جره معتقه وهو معتق المرأة الى نفسه ثم جرته المرأة المعتقة
الى نفسها فالاب جر الولاء بالاتفاق وفي الجد اختلاف ذكرناه قبل
هذا والخلاف في الجد من قبل الاب واما الجد من قبل الام فلا يجر

بالاجماع

171

بالاجماع كذا ذكر الامام سراج الدين في شرح الفرائض قوله ولان ثبوت
المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينتسب بالولاء اليها وينسب
اليها من ينسب الى مولاها كما في النسب هذا دليل ثاني عقلي على
ان ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن بيانه
ان العتق يحصل القوة والمالكية في العبد من جهة معتقه فاذا
كان المعتق هي المرأة ينسب من اعتقته المرأة ومن اعتقه
من اعتقته المرأة اليها بالولاء حتى يقال معتق فلانة ومعتق معتق
فلانة فاذا ثبت نسبتهما الى المرأة بالولاء ورثتهما وليس نسبة الولاء
كنسبة النسب لان الولاء ينتسب الى من اعتقه ذكرا كان او انثى ونسب
الولد لا ينتسب الى المرأة بل ينسب الى الرجل لان نسبة الولد لصاحب الفراش
وهو الزوج لانه مالك لبضع المرأة وصاحب الفراش والمرأة مملوكة
لا مالكة ونسبة الولاء باعتبار العتاق ... قوله
وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو للعصبة
الاقرب فالاقرب ذكر هذا تفريعا على مسئلة القدوري واي كان
الميراث للعصبة الاقرب فالاقرب لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء للكبر
ولان الولاء لا يورث فلو كان يورث لكان الذكر والانثى من اولاد المعتق سواء
ولكن الولاء باعتبار النصرة والنصرة بالذكور لا بالاناث لضعف بنيتهن
فيخلف المولى الذي اعتق العبد في الولاء من يخلفه في العصوبة به
فكان الولاء للذكور لا للاناث ولهذا اذا اعتقت المرأة عبدا ثم ماتت
وتركت اباها وابنها كان الارث كله للابن ولا شيء للاب عند
ابي حنيفة ومحمد لان الابن اقرب العصبات والولاء بالعصوبة وللاب
عصوبة الا انه مع الابن وقال ابو يوسف للاب سدس الميراث
والباقي للابن كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي لان الاب عصبة
والابن عصبة فقد استويا في العصوبة ولكن احدهما
اقوى والقوة تؤثر في التفضيل لا في اصل الاستحقاق وقال في شرح
الطحاوي ولو لم يجد مولاه وهو ابو ابيه واخا مولاه لابيه وامه
او لابيه فالميراث للجد عند ابي حنيفة لانه اولى من الاخوة وحالت
مع الجد وعندهما بينهما نصفين لان الجد يقاسم الاخوة كالاخ
قوله وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا اشارة
الى قوله لانه اقربهما عصوبة يعني اذا مات العبد المعتق وترك
ابن المعتقة واخاها كان الولاء كله لابن المعتقة لانه اقرب العصبات

الابن سال

ولكن عقل جنايته المعتق على الاخ لان الاخ من قوم ابيها والاصل في
العقل قوم الاب وابنها لا ينتسب الى قوم ابيها بل ينتسب الى قوم زوجها
قوله ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر فميراث المعتق للابن
دون بني الابن الآخر لان الولاء للكبر هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية معناه بني ابن آخر لانه لا يشكل ان الميراث
للابن اذا كان البنون بني ذلك الابن قال محمد بن الحسن في الاصل اذا كان
الولاء ورد الخبر عن عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب وعبد الله بن مسعود
وزيد بن ثابت وابي بن كعب وابي مسعود الانصاري واسامة رضي الله عنهم
انهم قالوا الولاء للكبر قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وارادوا بالكبر القرب لان الاكبر من الاولاد يكون بوجوده اقرب
الى وجود الاب من غيره فكنوا به عنه وقال في شرح الاقطع وقولهم الولاء
للكبر خرج على المعتاد وهو ان الابن يكون اكبر من ابن الابن في اكثر الاحوال
وان كان في حالة يكون ابن الابن اكبر من عمه وقال في المغرب المراد اقرب
الاولاد نسبا الى الاب سنا وقال في الفائق في حديث النبي صلى الله عليه وسلم
ان رجلا من خزاعة [illegible] ولم يدع وارثا فقال ادفعوه الى اكبر
خزاعة اي ادفعوا ماله الى اكبرهم وهو اقربهم الى الجد الاعلى ولم يرد
كبر السن وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال شريح الولاء بمنزلة المال
يورث عنه كما يورث جميع امواله قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى
لا يقولون بانه يورث بل يستحق اسنادا وهو يقول هذا حق ثبت للميت في حال
حيوته فيورث عنه كسائر الحقوق ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب
لا يباع ولا يورث ولا يوهب وقال الحاكم في الكافي وتفسير قولهم اي تفسير
قولهم عليهم السلام الولاء للكبر رجل اعتق عبدا ثم مات وترك ابنين ثم مات
احد الابنين وترك ابنا ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتق لصلبه دون
ابن ابنه وكذلك القول في كل عصبة على هذا القياس في ان الولاء للكبر منهم
ذلك الوقت وقال في شرح الطحاوي ولو مات وترك [illegible] بني ابن المعتق
وابن ابن المعتق من اخرى المعرات [illegible] لانهم يرثون بالعصوبة
[illegible] بالعصوبة فصل في ولاء الموالاة اخر ذكر ولاء الموالاة عن ذكر
ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لثبوته بالاجماع ولهذا ولاء الموالاة
ولان ولاء العتاقة لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يقبله قوله قال
واذا اسلم الرجل على يدي رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم
على يدي غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره

فميراثه

فميراثه للمولى اي قال القدوري في مختصره وانما قال والاه لان مجرد
الاسلام لا يثبت الولاء ما لم يعقد عقد الموالاة وهذا مذهب اصحابنا
والشعبي ومالك والشافعي والثوري وعند عمر بن عبد العزيز وسعيد بن
المسيب والليث بن سعد يثبت الولاء بمجرد الاسلام على يد رجل كذا ذكر
الامام سراج الدين ابو طاهر محمد بن عبد الرشيد السجاوندي في [illegible]
من [illegible] وجه قولهم ما روى الترمذي في جامعه باسناده الى تميم الداري
قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما السنة في الرجل من اهل الشرك يسلم
على يد رجل من المسلمين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو اولى الناس بمحياه ومماته
ولنا ان عقد الموالاة شرع لقوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم
وحديث تميم الداري كان في بدء الاسلام لانهم كانوا يتوارثون بالاسلام
والنصرة ثم نسخ ذلك ولان الناس كانوا يتوالون على عهد الصحابة ولم يرو
عن احد منهم انه احد الميراث بمعنى الاسلام وصورة عقد الولاء ما قال
في شرح الطحاوي وهو ان يقول انت مولاي جنايتي عليك وجنايتك علي
وميراثي لك ان مت فاذا مات كان ميراثه للاعلى اذا لم يكن له وارث
ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه ومن اسلم
على يد رجل فنفس الاسلام لا يثبت له الولاء وله ان يوالي من شاء ان شاء
والى من الذي اسلم على يديه وان شاء والى من غيره وله ان يتحول بولائه
الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه فبعد ذلك ليس له ان يوالي غيره
الا اذا كان ابوه في دار الحرب [illegible] فتبعه مولاه ينتسب ولاؤه من معتقه
ويجر ولاء الولد الى نفسه واللقيط حر وجنايته على بيت المال وميراثه
لبيت المال فاذا ادرك فله ان يوالي من شاء الا اذا عقل عنه بيت المال
فليس له ان يوالي احدا كذا في شرح الطحاوي وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد الولاء ان يقول لمن رجل غريب
عشيرته ولا ناصر له انضم الى عشيرتك حتى اعز بعزكم فاذا جنيت
فتنصرني وتتحمل عني نوائبي وان مت كان ميراثي لك فيقبل منه فينعقد
بينهما عقد الموالاة ويكون بمنزلة الوصية بجميع المال فينفذ ايضا منه
اذا لم يكن له وارث وهذا جائز عندنا وعند الشافعي ولاء الموالاة باطل
لان سبب الارث القرابة او الفرض او التعصيب وولاء الموالاة ليس من واحد
فلا يثبت به الارث والعقل وكان بمنزلة ابطال حق بيت المال فلا يصح
ولهذا لا يصح عنده الايصاء بجميع المال اذا لم يكن له وارث [illegible]
[illegible] ابطال حق بيت المال [illegible] في [illegible] قوله تعالى

والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم قرأ عاصم وحمزة والكسائي عقدت
بالتخفيف بغير الف وقرأ ابن كثير ونافع وابو عمرو وابن عامر
عاقدت بالالف والذين مبتدأ ضمنه معنى الشرط فلهذا وقع خبره
مع الفاء وهو قوله فآتوهم قال في التيسير بعد بيانه والذين عقدت
ايمانكم وهو عقد الموالاة وهي مشروعة والوراثة بها ثابتة عند
الصحابة والعلماء وهو قولنا هذا لفظه وقيل انه منسوخ بنسخ
بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وروى
محمد في الاصل عن مسروق ان رجلا من اهل الارض والى ابن عم له
واسلم على يديه فمات وترك مالا فسال ابن مسعود عن ذلك فقال
هو لمولاه وعن ابي الاشعث انه سال عمر بن الخطاب عن رجل اسلم
على يديه ووالاه فمات وترك مالا فقال عمر ميراثه لك فان ابيت
فلبيت المال وهذا كله يدل على صحة عقد الموالاة وان حال الاثبات
له الا ان الشرع خص لورثته بعد استيفائه عنه فاذا لم يكن له ورثة
كان المعتبر تخصيصه لا ابداع المتبرع ماله والجواب عن قوله تعالى
واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فنقول انه لا يقتضي نسخ قوله تعالى
والذين عقدت ايمانكم لان الاولوية يدل على التفضيل لا على النسخ
ونحن نقول به حيث نقول لا يرث مولى الموالاة مع وجود ذوي
الارحام وهو المرئي عنه ابطال حق بيت المال ثلاثة وذلك لان المستحق
لمال الميت المجهول اعيانا ثم المجهول الصالح مستحقا وانما يصرف
المال الى بيت المال لضرورة عدم المستحق لان بعض الناس ليس اولى من
البعض فصار كل المسلمين سواء لان كل واحد منهم يرثه من حيث الاسلام
فيصرف ذلك الى نفقة المرضى والمنهم اذا كانوا فقراء والى اكفان الموتى
الذين لا مال لهم والى نفقة اللقيط وعقل جنايته والى نفقة العاجز
عن الكسب اذا لم يكن له من يقضي نفقته عليه وهنا قد وجد من هو
المستحق وهو مولى العتاقة او الموالاة فلا يبقى لبيت المال خيار ولا يلزم
ايضا حق بيت المال لانه لا يرثه الا [illegible] قال المولى المعتق
فعندهم من ذلك ان ولاء الموالاة باطل لانه لا معتق له لانا نقول
تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه [illegible] بالذكر
بالجنس قوله وهي الى كالنسب هاهنا اراد به العقل بالارث قوله
فاذا كان له وارث فهو اولى منه اي كان العهد في مختصر
وذلك لان الاستحقاق بالقرابة اقوى من الاستحقاق بولاء الموالاة

وان كان

١٧٣ الغريب

وان كان الغريب من ذوي الارحام كالعمة والخالة وغيرهما فكان الغريب
اولى لان استحقاق المولى بالشرط وشرطهما لا يبطل حقهما لان الشرع اثبت
استحقاق الغريب قبلهما لا يملكان ابطال ذلك قال صاحب الهداية
ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب اشار به الى ما ذكره
القدوري في مختصره قبل هذا واذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه على
ان يرثه ويعقل عنه قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم
النخعي اذا اسلم الرجل على يدي رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه
وله ان يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له
ان يتحول الى غيره وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد هذا لفظ
الحاكم بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه
صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول احدهما واليتك
والاخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة
بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري
ايضا في مختصره بقوله اذا اسلم على يد غيره ووالاه وليس يصحه قول
صاحب التحفة بقوله وتفسير عقد الموالاة ان من اسلم على يدي
رجل فقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فقال
الاخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك وقال
الاخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي اسلم على يده الى هنا لفظ
التحفة قوله ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب اي من شرط صحة
عقد الموالاة ان لا يكون المولى الاسفل عربيا وانما ذكر هذا تفريعا
على مسألة القدوري قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولو اسلم
رجل من نصارى العرب على يدي رجل من غير قبيلته ووالاه لم
يكن مولاه ولكنه ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه ويرثونه
وكذلك المرأة الى هنا لفظ الكافي وذلك لان الولاء انما يثبت في حق
الذي لا عشيرة له فاما من له عشيرة فهم يقومون بمصالحه فلا حاجة
الى الولاء ومن شرط الموالاة ايضا ان لا يكون له نسب وان لا يكون له
معتق وقد ذكرناه في اول كتاب الولاء وقال في التحفة ومن شرط صحة
عقد الموالاة ان لا يكون للعاقد وارث [illegible] وهذا يشمل جميع
الشروط لانه اذا كان عربيا كان له وارث [illegible] وكذا اذا كان له نسب
وكذا اذا كان له معتق لان المعتق اذا وجد يكون وارثا لان مولى
العتاقة وارث بالاجماع والغالب وجود الاسلام منه لان الدار دار
الاسلام

قوله فان للمولى ان يتحول عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه
اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي رجل
والى رجلا فله ان يتحول عنه ما لم يعقل عنه وله ان ينقضه
بغير محضره وكذلك للرجل ان يتبرأ من ولائه ان شاء ما لم يعقل عنه كان
نقض هذا لان الموالاة بغير محضر من صاحبه لم ينقض الا ان
يوالي الاسفل اخر فيكون ذلك نقضا وان لم يحضر صاحبه الى هنا لفظ
الكافي في معاقل التحفة فاذا عقل عنه لا يملك ان يتحول بالولاء الى غيره
وصار العقد لازما الا اذا اتفقا على النقض الى هنا لفظ التحفة
وذلك لان الولاء بمنزلة الوصية عندنا بلزومه الفسخ لانه عقد اوجبه
بفعله متبرعا من غير عوض فكان له ان يتحول بالولاء الى غيره وكذلك
كان لكل واحد منهما ان يتبرا عن الولاء ولكن بحضرة صاحبه والمراد من الحضرة
العلم حتى اذا وجد العلم بلا حضور كان كافيا وانما اشترط العلم
لانه لو صح التحول بلا علم الاخر فربما يعقل عنه المولى لا على حساب
انه يرثه ولا ارث له لانه تحول بالولاء وفيه ضرر فلا ضرر
ولا ضرار في الاسلام بخلاف ما اذا عقل عنه حيث لا يصح التحول بالولاء
لان العقد صار لازما لان العقد صار كالعوض عن الولاء والعوض — لازما
يمنع الرجوع كما في الهبة واما اذا والى الاسفل اخر فيكون ذلك
نقضا للولاء الاول وان لم يحضر صاحبه ما لم يعقل عنه لان ذلك
نقض حكما وان لم ينقض قصدا لعزل الوكيل قصدا لا يصح
بدون حضور الوكيل ويصح بدون حضرته حكما كما اذا باع الموكل
ما وكل وكيلا ببيعه بلا علم الوكيل ينتقض الوكالة حكما لصحة
تصرف الموكل وان كان فيه نوع ضرر اذ لا وجه لابطال تصرفه
في ماله وكذا هنا اي اذا والى اخر بطل ولاء الاول وان كان — بطل الاول
فيه نوع ضرر حكما لصحة موالاته مع الثاني لانه لا يصح
ان يكون مولى لاثنين وقال الحاكم في الكافي وموالاة الصبي باطلة
وكذلك ان والى رجل عبدا الا ان يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له
ولو والى الصبي باذن الاب او الوصي فيكون للصبي كذا في الكافي
وذلك لانه تصرف دائر بين النفع والضرر فهما فيه بمنزلة
الطفل الذي لا يعقل فلا بد من اذن المولى او الولي او الوصي قال
في التحفة ولو كان رجلان لم يعقل عنهما وارث وهما مسلمان في دار الاسلام
فوالى احدهما صاحبه ثم والاه الاخر فيتوالى جميعه تصح الثاني

مولى

لصاحبه

مولى الاخر بل ينبغي ولاء الاول وعندهما يكون كل واحد منهما مولى
لصاحبه فهما يقولان ان الجمع بين الولائين ممكن فانه يجوز ان يكون
شخصان كل واحد منهما يرث من صاحبه ويعقل عنه ولا يجوز ان
يكون التبع متبوعا كالاخوين وابني العم فلا يقتضي صحة
الاخير انتقاض الاول بل يثبتان جميعا ولابي حنيفة يقول
ان المولى الاسفل تابع للمولى الاعلى ويتوارثه كالمعتق بالنسبة
للمعتق ولهذا يرث الاعلى الاسفل ويعقل عنه ولا يجوز
ان يكون التبع متبوعا والمتبوع تبعا لتبعه فاذا لم يجز الجمع
بينهما يقتضي صحة الثاني انتقاض الاول ذكره في هذه المسائل
بكتب الفوائد قوله قال فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول
بولائه اي قال القدوري في مختصره وقد مر بيانه انفا قوله وكذا
لا يتحول ولده ذكر هذا تفريعا يعني اذا عقل المولى الاعلى
عن الاسفل لا يتحول ولده اذا كبر بولائه الى غيره لان الولاء
صار لازما بالعقل فاذا لزم في حق الاصل لزم في حق التبع لان
ولاء الصغير يثبت تبعا لولاء والده بخلاف ما اذا كان الولد
كبيرا لا يثبت الولاء عليه بموالاة والده بل يشترط موالاته بنفسه
قوله وكذا اذا عقل عن ولده ذكره تفريعا على جملة القدوري
يعني كما لا يجوز التحول بالولاء اذا عقل عن المولى الاسفل لا يجوز التحول
ايضا اذا عقل عن ولده قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي
فان كان المولى قد عقل عنه او عن ابنه اي واحد من اخوته
لم يكن له ان يتحول بعد ذلك لانهم في حق المولى كشخص واحد
فالعقل عن احدهم كالعقل عن الباقين فيتأكد الولاء ولا يجوز
التحول قوله قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان ولاء العتاقة اقوى من ولاء الموالاة في
شخص ولان ولاء العتاقة في الميراث مقدم ولانه لا يثبت
حكمه مع وجود ولاء العتاقة كذا في شرح الاقطع بخلاف ما اذا لم
يكن له ولاء فجاز ان يوالي من شاء من الاحرار

كتاب الاكراه

قيل مناسبة الوضع ان الولاء لما كان من اثار العتق والعتق
من الاثر فيه الاكراه ناسب ذكر الاكراه عقيب الولاء ولان
في الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل ولا يخفى
ان بالاكراه يحل مباشرة ما كان حراما قبله في عامة المواضع

[illegible]

فكذلك بالموالاة تتغير حال المولى الأعلى عن حرمة ساد لها المولى
الأسفل إلى الحل ثم الإكراه وهو حمل الإنسان على ما يكرهه حيث
تزول معه الرضا على نوعين كما عرف في أصول الفقه كامل
ويسمى ملجئا وهو الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار وقاصر
ويسمى غير ملجئ وهو يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار
فالملجئ كالتخويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب
المبرح المفضي إلى التلف ومنه التلف وغير الملجئ كالتخويف بالضرب
بالحبس والقيد والضرب اليسير ثم الإكراه على أي طريق وجد
لا ينافي الأهلية لأنها بالذمة والعقل والبلوغ ولا يوجب
سقوط الخطاب لأن المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب فإنه
داخل تحت خطاب قوله تعالى إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان
قوله الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد
به سلطانا كان أو لصا إلى هنا لفظ القدوري في مختصره وهذا
الذي ذكره من القدرة على الإيقاع هو شرط صحة الإكراه لأن المكره
إذا لم يكن قادرا على الإيقاع لا يتحقق الإكراه لعدم الخوف بغير هذا قال
أصحابنا إن الإكراه يعتبر فيه أربع شرائط صفة المكره وهو أن يكون
قادرا على إيقاع ما توعد به ولهذا يستوي فيه السلطان وغيره
وصفة المكره وهو أن يغلب على ظنه أن المكره يوقع به ما توعد
به فإن غلب على ظنه أنه لا يفعل به لم يكن مكرها وصفات ما توعد
به فتارة يكون بالقتل وتارة بالقطع وتارة بالضرب المبرح
وتارة بالقيد والحبس والضرب اليسير ولكل حكم ذكر كما قبل وصف
ما أكره عليه وسيجيء تفصيل ذلك وصفات ما أكره عليه فتارة
يكون حق الله وتارة يكون حق المكره وتارة يكون حق آدمي آخر وروي
عن أبي حنيفة أنه لا يتحقق الإكراه من غير السلطان لأن الذي يقع
منه يمكن دفعه وعندهما يقع من غير السلطان أيضا إذا وقع
منه ما يقع من السلطان كذا في المختلف والحصر ونقل الخلاف
خواهر زاده في مبسوطه كذلك وذكر الطحاوي في مختصره قول أبي يوسف
مع أبي حنيفة وقال الإمام الإسبيجابي في شرحه قول أبي يوسف ومحمد هو
كأنه الرواية وقال بعض مشايخنا هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة
وبرهان لأن في زمن أبي حنيفة لم يكن القدرة إلا للسلطان ثم تغير
الزمان وانتشر الفساد ووقع الإكراه من كل أحد فلو كان أبو حنيفة

في

في زمانهما لأفتى بقولهما فإليه ذهب صاحب النافع ثم إن القدوري
أجمل الحكم إلا في قوله الإكراه يثبت حكمه ثم فصل بعد ذلك
فيما ذكر من المسائل فقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه
أما حكمه شرعا فنقول متى صح الإكراه يوجب نقل ذلك الفعل
نقل الفعل من المكره إلى المكره كالإكراه على قتل إنسان أو
إتلاف ماله فيما يصلح أن يكون المكره آلة له كان المكره فعله
بنفسه ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد إذا أكره على القتل يوجب
يقتله بالسلاح يجب القصاص على المكره لا على المكره كما لو قتله
بنفسه وفيما لا يصلح أن يكون المكره آلة للمكره يبقى الفعل
مقصورا عليه كما في حق الإثم وفي مسألة القتل يبقى مقصورا على المكره
لأن الإثم إنما يكون بقصد القلب بأن يقصد قتله ولا يتصور من
المكره القصد بقلب غيره فيبقى في حق الإثم القتل مقصورا عليه
وفي حق الإتلاف ينتقل إليه لأن المكره يصلح آلة له في حق الإتلاف
بأن يأخذه فيضربه على غيره فيقتله وإن حصل الإكراه يوجب
على قول فإن كان قولا يستوي فيه الجد والهزل ويتعلق به القول
كالطلاق والعتاق فمن حكم الإكراه أن يصير المكره آلة للمكره
في حق الإتلاف لأن المكره في حق الإتلاف يتصور آلة له وفي حق
التلفظ الذي لا يصلح آلة له يصير مقصورا عليه غير منقول إلى
المكره فلهذا نفذ ولكن الإكراه للمكره لأنه في حق التلفظ لا يتصور
آلة له فإنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره وفي حق الإتلاف يصير آلة
له حتى يرجع بالضمان في مسألة العتق على المكره وفي الطلاق يعتبر
آلة له فإنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره في حق الإتلاف يصير آلة
~~له حتى يرجع بالضمان في مسألة العتق على المكره يصير آلة له مقصورا~~
~~عليه غير منقول إلى المكره فلهذا نفذ ولكن الإكراه للمكره لأنه في~~
~~حق التلفظ لا يصير آلة له فإنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره~~
~~وفي حق الإتلاف يصير آلة له حتى يرجع بالضمان في مسألة العتق~~
على المكره وفي الطلاق اعتبر آلة له في حق الإتلاف حتى إذا
طلق امرأته مكرها قبل الدخول يضمن المكره نصف الصداق
لأن من أتلف منكوحة غيره لا يضمن شيئا بإبطال النكاح وإن أتلف
عند غيره يضمن وإن كان تصرفا لا يستوي فيه الجد والهزل كالبيع
والإقرار فإن من حكمه إفساد التصرف وكذلك إن كان تصرفا يستوي فيه

كالبيع والاقرار فان من حكمه افساد التصرف وكونه كالفاسد
الا انه لا يتعلق ثبوته بالقبض كان من حكم الاكراه افساده حتى
لا يصح رده المكره واما قلنا بانه لا يتعلق ثبوته بالقول فان
من قصد ان يكفر العباد بالله جاز له اظهارها قبل ان يقترن به
نكفر خلاف الطلاق والعتاق هذا اذا حصل الاكراه بوعيد
تلف او بما يوجب الغم كالحبس والقيد مدة طويلة
ثم من حكمه اذا حصل الاكراه بوعيد تلف على التصرف من حيث القول
لا يستوي فيه الجد والهزل كالبيع والاجارة والاقرار والهبة
والصدقة والكتابة كان من حكمه فساد هذه التصرفات ومتى
حصل على تصرف هو قول لا يستوي فيه الجد والهزل كالطلاق
والعتاق والردة فانه لا عبرة به ويجعل وجوده وعدمه بمنزلة
حتى ينفذ العتق ولا يرجع على المكره ولا يصح منه الردة حتى
تبين منه امراته كانه فعل ذلك من غير اكراه ومتى حصل على فعل
اي فعل كان فانه لا يعتبر ويجعل كانه فعل بغير اكراه كاكل الميتة
وشرب الخمر واكل مال الغير حتى لا يحل اكل الميتة وشرب الخمر
كما لا يحل الاتلاف بالخواهر زاده وانما سميته سميتنا ما ذكرنا حكم
الاكراه شرعة لانه يثبت به حكم الشيء ما يثبت به كما لما يملك باب
البيع حكم البيع لانه يثبت به كذلك هذا فعال نوعه اي هو حكمه كما في
ديوان الادب قوله واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على
ان يقر لرجل بالف او على ان يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب
الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء
فسخه ورجع بالمبيع اي بالعقود كلها مختصر فيه ذلك ان هذه العقود
اعني البيع والشراء والاقرار والاجارة تتوقف صحتها على الرضا اما البيع
والاجارة فلقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة
عن تراض والاكراه يعدم الرضا واما الاقرار فانما جعل حجة لترجح جانب
الصدق على الكذب لانه لا يكذب على نفسه بما يضر الطواعية ومع وجود
الاكراه الذي يعدم الرضا لا يتحقق الصدق في الاقرار فيبطل الاقرار
بالاكراه لان الظاهر انه اقر بذلك كذبا لدفع الشر عن نفسه قال محمد في
الجامع الاصغر فان اكره عليه اللصوص غير المتغلبين واراد بهذا
الحبس بان قال الرجل لنحبسنك في السجن او لتشربن هذه الخمر
ولتاكلن لحم هذا الخنزير او هذه الميتة او قالوا لنقيدنك ابدا والا حكم

ومتى حصل الاكراه بوعيد تلف

بلغ المقابلة

من

ولا نحو حبس في السجن فانه لا يباح له تناول شيء من هذه الاشياء اذا كان الممنوع
منه الطعام والشراب وذلك لانه لا يخاف من ذلك تلف نفس ولا عضو ذلك
وقال خواهر زاده في مبسوطه اطلق محمد الجواب اطلاقا فيما يجب
قال هذا اذا لم يكن الرجل ممتنعا وامرته تاما فاما اذا كان ممتنعا وامرته
تنقص عليه ذلك بحيث يقع في قلبه انه متى لم يتناول يموت او يذهب عضو
من اعضائه يباح له التناول لانه خاف الضرورة او يضعفه الحبس في
مكان مظلم يخاف منه ذهاب البصر لطول مقامه فيه فانه يباح له
التناول لانه حالة الضرورة ثم قال خواهر زاده وعن بعض المشايخ
ان محمدا انما اجاب هكذا بناء على ما كان من الحبس في زمانه فاما الحبس الذي
احدثوه اليوم في زماننا فانه يبيح التناول لانهم يحبسون بالاذان تعذيبا
لا تمكنا فيه ثم قال محمد في هذا الباب فان قالوا لنجيعنك او
لتفعلن بعض ما ذكرنا فانه لا يباح له التناول حتى يجيء من الجوع ما
يخاف منه على نفسه قوله فتفسد اي تفسد هذه العقود وهي
البيع والشراء والاقرار والاجارة بالاكراه قوله بخلاف ما اذا اكره
بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم يتصل بفعله والاكراه بهذه
الاشياء يعدم الرضا فيفسد اي لا تفسد هذه العقود لضرب سوط
او حبس يوم او قيد يوم قال محمد في الاصل بان قال المتسلط لاضربنك
سوطا او لاحبسنك فانه لا يسعه التناول لان ضرب سوط او سوطين مما لا يخاف
منه تلف النفس ولا ذهاب عضو الا ترى ان هذا القدر مما يلعب به
ويؤدب به الصغير واذا كان مما لا يخاف التلف لم يوجد الضرورة الا اذا قال
لاضربنك سوطا او سوطين على عينك او على المذاكير فحينئذ يباح له
التناول لتحقق الاكراه لانه يخاف ذهاب عضو على نفسه في هذه
الحالة وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه وقال محمد في الاصل وان
قالوا لنضربنك سوطا او لنحبسنك يوما او ساعة او لتقرن لهم بالف
درهم ففعل فالقياس ان يكون ذلك اكراها وذلك لان الطواعية التي
اقيمت مقام الصدق لم يثبت وفي الاستحسان ان اقراره جائز لان
الانسان لا يلتزم ضرر الف درهم بحبس يوم او بقيد يوم او بحبس
ساعة فان الرجل قد يقيم في المنزل يوما او يحبس اما للخيفة
او للاحتياط ولا يثقل عليه مثل هذا فيقال انه لو ازيل عن ملكه
درهم وكذلك المراة تخضب يدها ورجليها وتربطها ساعة
كما يعتدونه المحبوس ليلة او يوما ولا يثقل عليها واذا كان كذلك كان الاقرار

حتى اي من شرب الخمر والاكل لحم الخنزير والميتة

بالف درهم كحبس يوم او قيد يوم دليل الطواعية لانه لا يختار حبس
الف درهم على ما يلحقه من الغم والمشقة بحبس يوم ونحو ذلك كلام فاذا كان
الحبس اي القليل لكثير حيث يكون الاقرار عن اكراه لا عن طواعية
قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه من مشايخنا من قال ما قال محمد
انه لا يكون اكراها اذا كان الرجل من اوساط الناس ومن العوام فاما
اذا كان الرجل من الاشراف والاجلة او من كبار العلماء او الرؤساء
بحيث يستنكف ان يضرب سوطا واحدا في الملا او يحبس او يعرك
اذنه في ملا من الناس او مجلس السلطان فانه يكون مكرها لان
مثل هذا الرجل يؤثر الف درهم على ما يلحقه من الهوان والذل بهذا
القدر من الحبس والقيد فاذا كان الرجل مثل هذا فانه يعتبر اكراها في
حقه وقال محمد في الاصل وان قالوا له لنقتلنك او لتقرن لهذا الرجل بلغ المقابلة
بالف درهم فاقر له بخمسمائة درهم فالاقرار باطل وكذلك لو اقر له كره لانه
اقر ببعض ما اكره عليه لان الاكراه على الالف اكراه على كل جزء من
اجزائها قال في الاصل ايضا وان اكرهه على ان يقر له بالف درهم فاقر
له بالفي درهم لزمه الف درهم وبطلت عنه الالف وكذلك لو ادعى الالف
مكره وفي الالف الاخرى كان طائعا فيصح اقرار الطائع لا المكره قال
بعضهم كما ذكر محمد هو قولهما كما اذا شهد شاهدان احدهما بالف
والاخر بالفين والمدعي يدعي الالفين فانه تقبل الشهادة على الالف عندهما
خلافا لابي حنيفة وهاهنا على قول ابي حنيفة يصح اقراره بالفي درهم لانه لم
يقر بما اكره عليه وانما اقر بشيء اخر الا ان يكون الاكراه بالاقرار
بالفين كثيرا فاقر بالالفين من ذلك الجنس كذا ذكره خواهر زاده في مبسوطه
وقيل بل هذا الجواب قولهم جميعا لان محمدا لم يذكر فيه الخلاف ووجه
الفرق على هذا بين هذه المسألة وبين مسألة الشهادة لابي حنيفة
ان المعتبر عند ابي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ الذي هو
اصل لا في المعنى والا لعدم اللفظ ولا المعنى في اللفظ وليكون الاكراه لان
المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ لان غرض المكره ان يتخلص
ويحصل على ارادة المكره وقد اتفقا في الالف المعنى وان اختلفا في
اللفظ وقال محمد في الاصل وان اقر بمائة دينار فانه يكون جائزا
لانه اقرار طائع فانه لم يات بما اكره عليه ولا ببعضه بل اتى
بجنس اخر لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة قوله
الا اذا كان الرجل صاحب منصب استثناء من قوله فلا وكذا اذا اكره بضرب سوط

او حبس

او حبس يوم لغى اذا كان الرجل صاحب منصب يكون ذلك القدر من الضرب
او الحبس او القيد اكراها لفوت نفعه المقصود ويقدر بما يدل على هذا
قوله وكذلك الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه انما ذكرها حتى
يتبين ان الاقرار بالاكراه لا يقدر كالبيع بالاكراه قوله ثم اذا باع
مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت ذكر
هذا تفريعا على مسألة القدوري قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
واجمعوا على انه لو سلم طائعا او اجاز طائعا يثبت الملك وقال شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده في مبسوطه وهبة المكره بعد القبض تفيد
الملك عندنا بالضمان وعند زفر لا يفيد الملك وعلى هذا الخلاف اذا اكره
على البيع والتسليم فباع وسلم ملكه المشتري عندنا ملكا فاسدا وقال زفر لا
يملكه الا ان يجيزه المكره بعد ذلك وجه قول زفر ان المكره كما يصلح
آلة يصير آلة للمكره فيجعل كانه آلة له في حق التسليم الذي هو
انما له اليد وان لم يصلح آلة له في حق العقد لانه لا يمكنه ان يتكلم بلسان غيره
فكان التسليم وجد من المكره والبيع من المكره فلا يثبت الملك
بالتسليم للمشتري ولانه خيار الاجازة كما في بيع الفضولي ثم ثبت الملك
الملك عنه بالقبض للمشتري فكذا هنا ولانه خيار الشرط وهاهنا
الملك بالتسليم فعلمت على الخيار الثابت شرعا ولان الاكراه اشد تاثيرا من
الهزل في ابطال التصرفات والهزل يمنع الملك الهازل وعندنا فيه بالاجماع
بالاجماع وفي كلام المكره وعندنا فيه اختلاف فالمسلم في بيع الهازل
لا يفيد الملك ففي بيع المكره اولى ولنا انه هذا البيع فاسد صادر
من مالك مكلف خاليا عن خيار او شرط لاحدهما فيفيد الملك من المالك
المكذب قياسا على سائر البيوع الفاسدة الصادرة من المالك وانما قلنا انه
فاسد لفوات الرضا بالاكراه والرضا شرط صحة البيع لقوله تعالى الا ان
تكون تجارة عن تراض فيفسد لعدم الرضا ولكن لم يبطل لوجود ركن
البيع وهو القول والقبول من الاهل وهو العاقل البالغ مضافا
الى المحل وهو المال المتقوم الا ان الرضا شرط زائد فلا يخل
بالركن انعدام شرط التصرف والعدم الحكم ايضا ولكن يثبت وصف
الفساد وكان الفساد ثابتا بناء على حق العبد فاذا رضي به ارتفع
الفساد وانما قلنا انه صدر جدا لان الجد ضد اللعب والمكره بالبيع
لم يقصد اللعب بل قصد دفع الشر عن نفسه والخلاص عن القتل
فاختار اهون الامرين عليه فكان جادا وانما قلنا انه صدر من مالك
مكلف

لنا ان الملك يثبت له في البيع بعد الاكراه باق ولهذا لو اكره على القتل
يأثم بالقتل بالاجماع وانما قلنا انه يباع عن خيار الشرط لان الخيار لم
يشترط اصلا لا للبائع ولا للمشتري فلا يبطل لو كان بيع المكره كالبيع
الفاسد لم يتغير جائزا ابدا بالاجازة كما لو باع درهما بدرهمين او بالف
ورطل من خمر فلو كان يعود جائزا كان ينبغي ان يعود جائزا لو ادخلا
معلوم كما في البيع الى الحصاد والدياس على مذهبكم وهنا في اي وقت
اجاز المكره يعود جائزا على مذهبكم فصار كبيع الفضولي لا
كالبيع الفاسد قلنا ان بيع المكره له شبهان بالبيع الموقوف وشبه بالبيع الفاسد
اما الاول فلانه لم يوجد الرضا من المالك فيتوقف خلافا عن الشروط الفاسدة
بخلاف البيع الفاسد فان فيه ترك ما نفذه واما الثاني فلانه صدر
من المالك ولكن فات رضاه بخلاف بيع الفضولي فانه لم يوجد من
المالك اصلا فلما كان له شبهان وفرنا على الشبهين حظهما فباعتبار الشبه
الاول عاد جائزا بالاجازة في اي وقت كان كبيع الفضولي وباعتبار
الشبه الثاني افاد الملك اذا اتصل به القبض كالبيع الفاسد ولو
كان في الظاهر بانه العقد الموقوف في حق الملك ولم يوجب الملك
بعد التسليم لا سيما وانه البيع الفاسد عمله حكمه فبطل العمل
بالشبهين فقلنا خيار الاجازة في بيع المكره على ما قررنا نظير خيار الرد
بالعيب فلم يمنع الملك لا نظير خيار الشرط والجواب عما قال زفر ما قوله
ان المكره يجعل آلة للمكره في حق التسليم قلنا هذا كلام ضعيف من زفر
لان الخلاف بيننا فيما اذا حصل الاكراه بوعيد تلف او بحبس
سواء ولهذا لم يجعل المكره آلة للمكره في الصورة الثانية حتى كان التسليم
مقصورا على المكره ولم يجعل للمكره ولهذا لم يملك المشتري
من المكره واما قوله فيه خيار الاجازة فلا يفيد الملك كما في بيع الفضولي
قلنا الفضولي انما لا يفيد لان الاصل لم يوجد التصرف من المالك وفي الفرع
حصل من المالك فكيف الفرق وقياس بيع المكره على بيع الهازل ضعيف
لان الهازل قصد الهزل وهو اللعب الذي لا فائدة فيه بخلاف
المكره فانه لم يقصد اللعب بل قصد دفع الشر عن نفسه فكان بيعه مفيدا
قوله فصار كسائر الشروط المفسدة اي صار الاكراه كسائر الشروط المفسدة
في حق توقف الملك على القبض يعني ان بيع المكره صار من العقود
الفاسدة في هذا المعنى قوله حتى لو قبضه واعتقه او تصرف
فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ولزمته القيمة اعلم ان المشتري

من المكره

بالله عمره

من المكره اي الموهوب منه اذا تصرف فيما قبض فلا يخلو اما ان كان تصرفا ١٧٨
لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير والاستيلاد والطلاق والنكاح و
الرجعة في العدة والنذر والعفو بالمال في الاملاك فلا يقدر على الجاع
فليس للمالك نقضها لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض بعد وقوعها
من المالك وبعد ما وقعت من المالك لان الملك يثبت بالقبض فاذا لم يكن له
نقضها كان عاجزا عن الوصول الى عين حقه فكان له تضمين القيمة
فان شاء ضمنه قيمته يوم سلم الى المشتري وان شاء ضمن المشتري اي
الموهوب يوم قبض وان شاء ضمنه يوم اعتق حتى لو كانت قيمته يوم العتق
الفي درهم ويوم قبض المشتري اي الموهوب الفا كان له ان يضمن الالفين
ويتخير المكره في التضمين ان شاء ضمن المكره وان شاء ضمن المشتري
اي الموهوب لان كل واحد منهما احدث سبب الضمان اما المكره فلانه
ازال يده عن ماله بغير اذنه فصار غاصبا فيضمن واما المكره
في حق التسليم جعل آلة له فصار فعله كفعله وكذلك المشتري لانه
التحق بالمالك في الاسترداد وفرقوا بين هذا وبين المشتري شراء فاسدا
اذا اعتق كان للبائع ان يضمن المشتري قيمته يوم قبض لا يوم اعتق لان
المشتري شراء فاسدا اعتقه بعد وجود تسليط صحيح من المالك بخلاف
المشتري من المكره فان التسليط فاسد فيكون الاعتاق حاصلا بغير
اذن المالك فكان له ان يضمنه قيمته يوم العتق ان شاء ويوم القبض ان
شاء هنا اذا اختار تضمين القابض فان ضمن المكره كان له ان يرجع
بذلك على القابض وان نقض ذلك بايد المكره لانه بمنزلة المالك ويصح
التمليك لوجوب الضمان ثم اذا ضمنه القيمة ياخذ المشتري الثمن من المكره
ان كان قائما لانه لم يسلم له المبيع فلا يسلم للمكره الثمن ايضا
وان كان هالكا لا ياخذ منه شيئا لان الثمن امانة عند المكره باذن
المشتري والقبض باذن المالك انما يجب به الضمان اذا كان للتملك
والمكره لم يقبض للتملك لانه مكره لا طائع فرق محمد بين هذا
وبين الغاصب الاول اذا ضمن وكان وهب من غيره حيث لا يرجع
بما ضمن من القيمة على الموهوب له وههنا قال المكره يرجع بما
ضمن على القابض وذلك لان ملك الغاصب يثبت بالضمان سابقا
على الهبة فصحت هبته فلم يكن له ان يضمن الموهوب له بعد ذلك واما
ملك المكره فاخر عن الهبة لان المكره بالضمان انما يملكه من وقت التسليم
والهبة كانت قبل التسليم فلم تصح وان كان تصرفا يحتمل النقض

يعتد بوقوعه كان للمكره ان ينقض ذلك وذلك كالبيع والكتابة والاجارة
ونحوها ففرق بين هذا وبين البيع الفاسد والهبة الفاسدة
اذا حصلت برضا المالك وتصرف المشتري او الموهوب له لا ينقض
البائع الاول والواهب تصرفات القابض اي تصرف كان الا الاجارة
فانه ينقضها لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ووجه الفرق
ان تصرف القابض في العقود الفاسدة حصل بتسليط صحيح لانه
طائع في التسليط فلم يكن للبائع او الواهب حق النقض وان كان له حق
النقض قبل تصرف القابض لحق الشرع فلما تصرف تعلق به حق العبد
وحق العبد مقدم لحاجته اما المكره فلم يوجد منه تسليط صحيح فكان
له ان ينقض جميع تصرفات القابض هذا حاصل ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه كذا في عبارته بسطها الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ومن اكره على بيع عبده فباعه لم يجز بيعه لعدم رضاه والرضا شرط
في البيع ولو سلم الى المشتري طائعا صح البيع وزال الاكراه لان
الاكراه على البيع لا يكون اكراها على التسليم لانه ليس من شرط صحة البيع
التسليم بخلاف اذا اكرهه على الهبة والصدقة فسلم طائعا فانه لا يكون
اجازة لان الهبة والصدقة لا تصحان الا بالقبض والتسليم فكان
كان فاسدا الا ان المشتري ملكه على الفساد فان تصرف فيه تصرفا لا يحتمل
الفسخ كالعتق والتدبير والاستيلاد لا ينفسخ ويلزمه قيمته
والمكره بالخيار ان شاء رجع على المكره ورجع المكره على المشتري وان شاء
رجع على المشتري وان تصرف فيه تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والكتابة
والاجارة ونحوها فله ان ينقضها بخلاف سائر البياعات الفاسدة ان
تصرف المشتري لا ينفسخ ولو ان المشتري من المكره باعه من آخر وباعه المشتري
الثاني من آخر حتى تداولته الايدي فله ان يفسخ العقود كلها واي عقد
اجازه جازت العقود كلها لان العقود كلها كانت نافذة الا انه كان له حق الفسخ
لعدم الرضا فلما اقدم على اجازة بعضها نفذت وزال الاكراه فجاز
العقد الاول فجازت العقود كلها وهذا بخلاف الغصب فهو ان الغاصب
اذا باع والمشتري باع من آخر حتى تداولته الايدي فاجاز المغصوب منه اي عقد
اجازه جاز ذلك العقد خاصة ولو ضمن احدهم جاز العقد الذي بعده
دون ما كان قبله لان العقود كلها عقدت بغير اذنه فتوقفت العقود كلها على
اجازته فاذا اجاز شيئا من ذلك جاز خاصة فان لم يجز ولكن ضمن احدهم
جازت العقود كلها التي كانت بعده لان التضمين تمليك فيستند الضمان

ولو انه اكرهه على البيع

الى

172

الى وقت الجناية فملكه من ذلك الوقت فتجوز العقود التي بعده كذا صح
الطحاوي **قوله** الا انه ينقطع به حق استرداد البائع اي حق استرداد البائع
قوله فيما في سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الاكراه و
البيع الفاسد يعني ان في صورة الاكراه للمكره حق الفسخ في جميع تصرفات المشتري
وان تداولته الايدي اذا كان التصرف مما يحتمل الفسخ وفي صورة البيع الفاسد
ليس للبائع ان ينقض تصرف المشتري الا الاجارة فانه ينقضها وقد مر البيان
قوله قال العبد الضعيف ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا
جعله كبيع المكره اراد به ما يسميه اهل بخارا وسمرقند بيع الوفاء
وصورته ان يقول البائع للمشتري بعت منك هذا الكرم بهذا
الثمن بمعنى دفعت الثمن اليك تدفع الي الكرم فقبل المشتري ذلك نفسه
اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم البيع فاسد فجعله كبيع المكره فكان للبائع
حق نقض بيع المشتري وهبته لانه بيع بشرط فاسد والصدر
الشهيد حسام الدين والامام ظهير الدين المرغيناني وظهير الدين اسحق
الولوالجي وجماعة اخرى ومنهم من جعله رهنا نظرا الى قصد العاقدين
لانهما قصدا ان يكون المبيع محبوسا بالثمن المؤدى الى حين رد الثمن الى المشتري
فكان رهنا معنى وفي خلاصة الفتاوى عن الامام النسفي
ان حكم بيع الوفاء حكم الرهن وقال بعضهم انه باطل كبيع الهازل وقال
مشايخ سمرقند انه بيع جائز مفيد لبعض الاحكام وهو انتفاع المشتري
دون البعض وهو البيع والهبة من آخر وهو المعتاد
لحاجة الناس الى ذلك لانهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه
بل يجوزونه الى ان يرد البائع الثمن الى المشتري ويلزم المشتري برد المبيع
الى البائع ان رضي ولا يمتنع عن الرد فلهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد
من رد المبيع والاصح عندي انه بيع فاسد يوجب الملك بعد القبض وحكمه
حكم سائر البيوع الفاسدة لانه بيع بشرط لا يقتضيه العقد وقد نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع وشرط **قوله** فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز
البيع اي في العقود وفي مختصره وذلك لان عقد البيع يتعلق به الاستحقاق
وغرض المكره من الاكراه على البيع ان يفعل المكره ما يتعلق به الاستحقاق
فاذا باع حصل الغرض فلم يكن القبض مكرها عليه فاذا قبض الثمن
بعد ذلك بلا اكراه كان ذلك دليلا على رضاه بالبيع الا انه كان
القبض اجازة دلالة كما في البيع الموقوف اذا قبض المالك الثمن كان
اجازة فكذا هنا وكذلك اذا سلم المبيع طوعا بعد ان اكره على البيع

مسئلة بيع الوفاء

بعضهم

لا على التسليم كان اجازه ايضا بخلاف ما اذا اكره على الهبه والصدقه
لا على التسليم فوهب وتصدق ثم سلم بلا اكراه على التسليم لا يكون اجازه السلم
قوله اجازه لان صحتها موقوفه على القبض فكان الاكراه على العقد اكراه الصدقه
اكراها على تسليمها حسب فيكون باطلا اراد بالباطل الفاسد لانه يفيد
الملك ملكا فاسدا بالقبض قوله وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازه
وعليه رده ان كان قائما في يده هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان قبض
الثمن مكرها لا يكون ذلك اجازه للبيع وعلى القابض رده ان كان قائما بعينه
وان كان هالكا فلا لانه هلك امانة وقد مر تقريبا نه قبل هذا قوله
قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع
وهو لفظ القدوري في مختصره واما ضمن المشتري قيمة المبيع للبائع الذي هو
مكره لانه مقبوض بحكم بيع فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قوله
وللمكره ان يضمن المكره ان شاء هذا لفظ القدوري في مختصره يعني ان للمكره
خيارا في التضمين ان شاء ضمن المشتري وان شاء ضمن المكره لان كل واحد
منهما احدث سبب الضمان وقد مر تقريبا نه قوله وان ضمن المشتري نفذ
كل شرا كان بعده لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه [illegible] صوره الغصب اذا تداولت
الايدي وتناسخت العقود بان باع هو من ذاك وذاك من آخر ثم ضمن
المالك المشتري الثاني مثلا نفذ كل شرا بعد شرا الثاني لانه ملكه بالضمان
فتبين انه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان من الشرا قبل شرا الثاني لان استناد
الملك الى وقت الضمان لا غير بخلاف البائع المكره اذا اجاز بعض
العقود حيث يجوز الكل لان العقد موقوف على الاجازه فكلما وجد اجاز
الكل وقد رويناه عن شرح الطحاوي قبل هذا فصل وانما فصل
بفصل لان ما تقدم ما يحل فعله قبل الاكراه وما بعد هذا الفصل
ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حال السعة وبعد الاكراه بعضها
محظور فعلها وبعضها يحل ويسعى بيانه قوله وان اكره على ان
ياكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل
الا ان يكره على ما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف
ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا
به ولم ياكل فهو اثم قال صاحب الهدايه وكذا على هذا الدم
ولحم الخنزير يعني اذا اكره على شرب الدم ولحم الخنزير لا يحل له الا اذا
خاف التلف قال الاصل لو ان قوما من اللصوص من المسلمين على الناس

ارمى

١٨٠ ومن اللصوص اهل الذمه اخذوا فغلبوا على مصر من امصار المسلمين
واخذوا عليهم ايمانا فاحذوا رجلا وقالوا لنقتلنك او لتشربن هذه
الخمر او لتاكلن هذه الميتة او لتاكلن لحم الخنزير كان في سعة من
تناوله بل يفترض عليه التناول اذا كان في غالب رايه انه متى لم يتناول ذلك
قتل وذلك لقوله تعالى في سورة البقرة انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم
الخنزير وما اهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه
ان الله غفور رحيم وقال في سورة المائدة حرمت عليكم الميتة والدم ولحم
الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة
وما اكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وان تستقسموا بالازلام
الى ان قال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم
وقال في سورة الانعام وما لكم الا تاكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل
لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقال في الانعام ايضا قل لا اجد
فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة او دما مسفوحا
او لحم خنزير فانه رجس او فسقا اهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا
عاد فان ربك غفور رحيم وقال في سورة النحل انما حرم عليكم الميتة والدم
ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم
وجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى حالة الضرورة والمستثنى يكون حكمه ابدا
على خلاف حكم المستثنى منه لا محالة فيحل المستثنى بالنص ولم يفصل بين ان تكون
الضرورة بسبب المخمصة او بالاكراه فتناول النص باطلاقه النوعين
جميعا ثم اذا اكره بحبس او قيد او ضرب لا يخاف منه تلف النفس او
العضو لا تتحقق الضرورة فلا يحل التناول فاذا اكره بما يخاف على النفس او
على عضو من اعضائه تحققت الضرورة فحل التناول واذا امتنع من ذلك حتى
قتل كان آثما مؤاخذا بدمه لان الاستثناء من الحظر اباحة فكانت الميتة
وغيرها حالة الضرورة مباحة فلو اكره على ان ياكل شيئا مباحا فامتنع فانه
لا يحل له ان يمكن نفسه من القتل بل يفترض عليه التناول فكذا هذا
الا اذا كان الرجل جاهلا بالاباحة حالة الضرورة فلم يتناول حتى قتل
قال محمد رجوت ان يكون في سعة من ذلك لان الخفاء في الحرمة عند الضروره
خفاء يعذر بالجهل به لعدم التجوز عن بيان سوء الحرام هذا اذا كان في
غالب رايه انه يفعل به ما اكره به من القتل لو لم يتناول فاما اذا كره
عليه فاما اذا كان في غالب رايه انه لا يفعل ذلك او يهددونه ولا يحقق
فلا يباح له التناول بل يحكم بانه لانه استثنى عليه امرا من الامر

الا اصل
ولا يجد دليلا اخر سوى التحري فيعمل به كما في اشتباه القبلة بعد ان في
اذا قالوا لنضربنك مائة سوط او لتاكلن هذه الاشياء فانه يحكم رايه
فان كان اكبر رايه ومن ذلك نفسه او تلف عضو من اعضائه حل له التناول
وان كان غالب رايه انه لا يتلف به ذلك العضو من اعضائه فانه لا يباح له نفسه
التناول قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ولم يوقت في ذلك مقدارا
بل فوض ذلك الى راي المكره على الضرب لان التقدير بمقدار واحد مقدار
في جميع الناس لا يمكن فانهم متفاوتون في القوى واحتمال الضرب فرب رجل
لا يحتمل لضعف جثته ضرب عشرة اسواط ويخاف عليه من ذلك التلف او
ذهاب عضو من اعضائه وآخر قوي الجثة يحتمل مائة سوط ولا يخاف
عليه التلف ولا ذهاب عضو من اعضائه وقال شيخ الاسلام خواهرزاده و
بعض الناس قدروا بالادنى الذي هو ادنى الحدود وادنى حد العبيد في
العدد في الشرع اربعون فان هدده بضرب اربعين سوطا يباح له التناول
من هذه الاشياء وان كان اقل لا يباح له التناول وهو المقدر ليس بشيء
لتفاوت الناس في احتمال الضرب لان المعتبر من الضرب هو المتلف للنفس او
العضو ولهذا قلنا لو هدده بضرب سوط على العين او على المذاكير
يتحقق الاكراه فيحل تناول هذه الاشياء ثم جنس هذه المسايل
على ثلاثة اوجه في وجه العزيمة فيه الاقدام على ما اكره عليه ولو امتنع
حتى قتل ياثم وهي شرب الخمر وتناول الميتة وما يجري مجراه وقد
مر بيان ذلك وفي وجه يرخص الاقدام عليه مع ان العزيمة هو الامتناع
وهي اجراء كلمة الكفر وسب النبي صلى الله عليه وسلم وما هو كفر او استخفاف
بالدين حتى لو اقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به ولو صبر حتى قتل يكون ماجورا وفي وجه
العزيمة هو الامتناع عنه ولا يرخص الاقدام عليه بحال وهي قتل نفس
معصوم محترم او قطع عضو منه والزنا لا يحل له ان يقدم عليه بحال
وتناول مال الغير واتلاف ماله نظير القسم الثاني ويحكى كلها ثم في محصول ان
شاء الله تعالى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في اول كتاب
الاكراه هو كتاب يظهر فيه كرامة محمد لما صنف هذا الكتاب
ذكر السلاطين ثم اللصوص فذكر عند الخليفة ان محمدا صنف كتابا وسماهم فيه
لصوصا فبعث اعوانه اليه ليأخذوا منه ذلك الكتاب ويحضروا اليه
هل فعل هذا وكان له صديق بين يدي الخليفة فبعث اليه قبل ان يأتيه اعوان
الخليفة فاخبره بما يجري فوضع هذا الكتاب في التنور الذي في
الدار فدخل الاعوان فلم يجدوا فيه هذا الكتاب فخرجوا فقعد في

فلما خرجوا

فلما خرجوا من عنده اهتم لذلك الكتاب اهتماما شديدا لانه احتاج الى النفقة
فجا الى راس التنور لينظر هل بقي شيء من آثاره ليكون عونا له في تصنيفه
فلما نظر فاذا هو قد وقع في اسفل التنور ووقع عليها الكتاب
ولم يحترق ورقة منها فعند ذلك ظهر كرامته وكرامة الاولياء حق وهي
من معجزات نبينا محمد صلى الله عليه وسلم لانه دلالة حقية هذا الدين ثم
اعلم ان المريض مرضا يخاف منه الموت وهو صائم ان لم يأكل ويشرب
اذا اكره فقيل له لتفطرن والا لنقتلنك وهو يعلم ان ذلك يسعه
فابى حتى قتل كان آثما وكذلك لو قيل للمسافر في شهر رمضان وهو
صائم لتفطرن والا لنقتلنك فابى ان يفطر وهو يعلم ان ذلك يسعه
كان آثما فرق من هذا وبين المكره على الكفر بالقتل اذا ابى حتى قتل
وهو يعلم ان ذلك يسعه فانه يكون ماجورا ولا يكون آثما وكذلك
المكره على اخذ مال الغير بالقتل وهو يعلم ان ذلك يسعه فابى حتى
قتل كان ماجورا وكذلك المحرم على قتل الصيد اذا اكره بالقتل
اذا امتنع عن الصيد حتى قتل وهو يعلم ان ذلك يسعه فانه يكون ماجورا
شهيدا وكذلك المكره على ترك الصلوة المكتوبة في الوقت اذا ابى حتى
قتل وهو يعلم ان ذلك يسعه وكذلك المقيم الصحيح البالغ اذا اكره
على الفطر في شهر رمضان فابى حتى قتل كان ماجورا والاصل في جنس هذه
المسايل ان ما حرمه النص حالة الاختيار ثم ابيح ذلك حالة الاضطرار
وهو مما يجوز ان يرد الشرع باباحته كاكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر
واباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض اذا امتنع عن ذلك كان آثما
اذا قتل لانه اتلف نفسه لا لاعزاز دين الله تعالى فانه لشرع النوع عن
المباح لاعزاز دين الله ومن اتلف نفسه لا لاعزاز دين الله تعالى كان
آثما وما حرمه النص حالة الاختيار ثم رخص حالة الاضطرار ولكن هو
مما يجوز ان يرد الشرع باباحته كالكفر بالله وبمظالم العباد اذا امتنع
فقتل كان ماجورا لانه بذل مهجته لاعزاز دين الله حيث تورع عن ارتكاب
المحرم وكذلك ما ثبت حرمته بالنص ولم يرد نص باباحته حالة الضرورة
كالاكراه على ترك الصلوة في الوقت وعلى الفطر في رمضان للمقيم الصحيح
اذا امتنع عن ذلك فقتل كان ماجورا لانه بذل مهجته لاعزاز دين الله
وقتل الصيد للمحرم كذلك هذا حاصل ما ذكره خواهرزاده
في مبسوطه وقال في اخر كتاب الاكراه من المسايل اضطر الى اكل الميتة
وهو محرم ويقدر على صيد فانه يقتله ويأكل الميتة لان حرمة الصيد

تامة في حق المحرم مطلقة والميتة حلال في هذه الحالة قوله
في أول الإسلام أي في عهد النبي صلى الله عليه وسلم قوله وإن أكره على الكفر
بالله سبحانه وتعالى أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد أو حبس أو ضرب
لم يكن ذلك إكراها حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من
أعضائه أي قال الهداية في مختصره وذلك لأن الإكراه بهذه الأشياء
إذا لم يكن ثمة خوف التلف على النفس أو على العضو لا يكون ملجئا
ولا يعتبر إكراها حتى إذا أظهر الكفر بالله تعالى أو سب الرسول صلى الله عليه وسلم
بهذا القدر فلا رخصة لكفره وتبين منه امرأته لأنه لا رخصة الكفر أشد من
حرمة الخمر وأكل الميتة ما دام لم يتحقق إكراه ثمة فيهما أولى لأن حرمة الكفر
لا تنكشف بحال ولا تباح بالضرورة لثبوتها بالعقل والشرع إلا إذا خاف
التلف فحينئذ يرخص له إظهار الكفر باللسان وقلبه مطمئن بالإيمان لأن في
الامتناع عن الكفر فوات المكره صورة ومعنى وفي الإقدام على الكفر فوات
حق الله تعالى صورة لا معنى لقيام التصديق ثم رخص الإقدام على الكفر
لصيانة مهجته وهذا بقوله تعالى إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان قال
في التيسير نزلت الآية في عمار بن ياسر خرج مهاجرا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع جماعة
فأخذهم كفار مكة وقال الكلبي ... وعذبوهم وأكرهوهم على الكفر
فصبر بعضهم حتى قتل وتكلم عمار بما أكرهوه عليه وقلبه مطمئن فخلوا عنه
فلما قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبره بذلك فنزلت الآية وقال النبي صلى الله عليه وسلم
إن عادوا فعد قوله فإذا كان ذلك فيسعه أن يظهر ما أمروه به
ويوري هذا لفظ الهداية في مختصره وفي مبسوطه والتورية أن يظهر خلاف
ما أضمر في قلبه والمراد هنا إظهار الكفر باللسان مع إضمار الإيمان
في القلب وفي الفائق ورى حديث النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا ورى بغيره أي كنى عنه
وستره قوله لحديث عمار بن ياسر وحديث عمار هو الذي رويناه
عن التيسير وقال محمد بن إسحاق في تصنيفه في سيرة النبي صلى الله عليه وسلم وكانت بنو مخزوم
يخرجون بعمار بن ياسر وبأبيه وأمه وكانوا أهل بيت إسلام إذا حميت الظهيرة
يعذبونهم برمضاء مكة فيمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول فيما بلغني
صبرا آل ياسر موعدكم الجنة فأما أمه فقتلوها وهي تأبى إلا الإسلام وقال ابن
إسحاق وحدثني حكيم بن جبير عن سعيد بن جبير قال قلت لعبد الله بن عباس
أكان المشركون يبلغون من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من العذاب
ما يعذرون به في ترك دينهم قال نعم والله إن كانوا ليضربون أحدهم
ويجيعونه ويعطشونه حتى ما يقدر على أن يستوي جالسا من شدة الضر الذي به

حتى

حتى يعطيهم ما سألوه من الفتنة حتى يقولوا له اللات والعزى إلهك من
دون الله فيقول نعم حتى إن الجعل ليمر بهم فيقولون له هذا الجعل
إلهك من دون الله فيقول نعم افتداء مما يبلغون من جهدهم قال القتبي
وسمية أم عمار أول شهيد في الإسلام وجأها أبو جهل بحربة فماتت
واستشهد عمار بصفين مع علي بن أبي طالب رضي الله عنهم فقتل وذكر هنا كلمة
كلمة على كره ... ويقتل ... بلال ... قوله
قوله إن عادوا فعد أي عاد الكفار إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب
بالإيمان يعني فاثبت على الطمأنينة وهو أمر بالثبات على ما كان لا أمر بما لم
يكن من الطمأنينة كما في قوله تعالى اهدنا الصراط ومعناه إن عادوا إلى
الإكراه فأنت فعد أنت إلى ما ثبتت به أولا من إجراء كلمة الكفر على اللسان
وطمأنينة القلب بالإيمان قوله فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر
كان مأجورا أي قال الهداية في مختصره وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه
والأصل في ذلك ما روي أن خبيبا حين أخذه كفار مكة وأكرهوه على الكفر
صبر حتى صلب وقصته أنهم لما أرادوا صلبه استأذنهم ليصلي
ركعتين فقال لولا أنكم تقولون إني أفزع من الموت ثم رفع بصره
فلم يبق منهم إلا رجلا لبد بالأرض خوفا ... ثم قال اللهم بلغ محمدا
وأصحابه مني السلام ثم دعا على الكفار فقال اللهم أحصهم عددا وأهلكهم بددا
ولا تبق منهم أحدا فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وعليك أي
وعلى خبيب السلام ثم قال إن خبيبا من أفضل الشهداء يوم القيامة وهذا بخلاف
الإكراه على شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير حيث يكون آثما بالامتناع
لوجود الاستثناء لقوله تعالى إلا ما اضطررتم إليه وهذا لأن الاستثناء من
الحظر إباحة والتورع من المباح ليس بعزائم الله تعالى كذا في الأسئلة
في قوله تعالى إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان لأن الاستثناء ثمة يدل على نفي الغضب
فلا يلزم من نفي الغضب ثبوت الحل وهذا هو المراد من قوله بخلاف
ما تقدم أي من مسألة شرب الخمر وأكل الميتة وقال ابن شاهين في كتاب المعجم
بإسناده إلى الزهري قال أول من سن الركعتين عند القتل خبيب
ثم قال ابن حفص بإسناده إلى يزيد بن إسحاق أبا الأفلح عاصم بن ثابت أخي
من بني عمرو بن عوف وزيد بن الدثنة من بني بياضة خرجا في بعث
من بعوث رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى وردا ماء من مياه بني لحيان يقال
له الرجيع أيام عسفان فخرجوا سرية من أصحابهم يطلبهم لهم
يوحيد بعض أهل تلك الأرض أنهم ما يكرهونه فاستقفوا على الأرض

مسلم

مسلم أول من سن الركعتين عند القتل خبيب

تقرب

فاجتمع اليه ناس كثير واخذوا السلاح ثم رحلوا على آثارهم فادركوهم
في الرجيع فقال لهم المشركون ليس لكم بنا طاقة وقد تركنا كثيرنا
وليس لنا بقتلكم حاجة فان تلقوا السلاح نؤمنكم من القتل ولن نكون
معكم شيئا حتى يبلغ صاحبكم خبركم فيستنقذكم او يدع لخروج خبيب
وزيد سلاحهما وابي عاصم فقتل رجلين او ثلثة قبل ان يصلوا اليه ثم عقروه
في [illegible] سيفه فقتل الثالث وقتلوه ثم عمد المشركون الى صاحبيه خبيب
وزيد بن الدثنة فلم يوفوا لهما بعهد فباعوهما بمكة فخرج المشركون بخبيب
ليقتلوه ونصبوا له خشبة ليصلبوه ثم خيروه فقالوا ان رجعت عن دينك خليناك
اكرمناك والا قتلناك وان ثبت على صبرك صلبناك على هذه الخشبة
فابى ولا انشأ على دينه وحب الاسلام فقال بلغت ولست ابالي حين اقتل مسلما
على اي جنب كان لله مصرعي وذلك في ذات الاله وان يشأ يبارك على اوصال شلو ممزع

الاوصال المفاصل والشلو العضو والتمزيع التفريق

فقال المشركون ارجع فانك صبوت فافرغوا منه فقال دعوني اسجد
ركعتين ثم شأنكم فقالوا اركع ما بدا لك فركع خبيب ركعتين ثم قال
اللهم اني لا اجد احدا يبلغ عني نبيك محمدا سلامي وانك انت تبلغه ثم
صلبوه رحمه الله فبينما رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة وهو بين
نفر من اصحابه اذ جاءه جبريل عليه السلام فقال ان خبيبا قد صلب
وقد سأل الله عز وجل ان يبلغك منه السلام وهو يقرأ عليك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
وعليك السلام ورحمة الله وبركاته فقال اصحابه ما هذا يا رسول الله فقال هذا
اخوكم خبيب فلما اخرجه المشركون من الحرم الى التنعيم ليصلبوه فركع
ركعتين ثم سأل الله ان يبلغني منه السلام فنقل الي جبريل يبلغني عنه السلام
واخبرني انهم اخرجوه ليصلبوه اياه فعظم ذلك اليوم [illegible] فانه يرى
ان فيه [illegible] اليوم الذي اخرج خبيب فانا هو الذي صلب فيها رحمه الله تعالى
قوله ورأى مثله اي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مثل خبيب انه افضل

تبيني

زائدا فاعمره كما قال المتنبي [illegible] يتجرع الحزن عن صوته ولم يزد
الدمع عن غربه [illegible] سوال [illegible] للاشعر [illegible]
ابا شجاع عضد الدولة والصواب لعضد الدولة [illegible]
الدمع كذا قاله ابن الجني قوله فان اكره على [illegible] فاعل ذلك
على نفسه او على عضو من اعضائه ان يفعل ذلك اي مال الغير [illegible]
مخمصة [illegible] الاصل ولو اكره رجل رجلا حتى يأخذ مال [illegible] فدفعه اليه
[illegible] الاكراه [illegible] بتلف [illegible] في سعة من اخذ ماله وذلك
لان مال الغير مما يستباح لضرورة المخمصة فكذا يستباح بالاكراه ضرورة
عامة

فانه يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه كما في المخمصة لكن يلقيه بالرجا
لان اباحة المحذور [illegible] بعين النص فانا [illegible] الا باجراء كلمة الكفر
لان حرمة الكفر مما لا يباح بحال كالظلم ولكن ورود الرخصة اجراء كلمة
الكفر [illegible] اي المال فان صبر حتى قتل كان افضل وكان ماجورا لاخذه
بالعزيمة لان اخذ مال الغير من المظالم وحرمة الظلم لا تنكشف ولا تباح
بحال كالكفر فاشبه الاسلام [illegible]
الرجل [illegible] يشتد جوعه ومعه [illegible] طعام فلم يأخذ منه شيئا فانه
يأثم وههنا اذا اكره على اخذ مال الغير فلم يأخذ حتى قتل لا يأثم قال
كان الفقيه ابو اسحق الحافظ يقول [illegible] من المشايخ [illegible]
فان في المخمصة ابدا ثم اذا كان صاحب الطعام يعطيه ولم يأخذ
بل صبر حتى مات [illegible] هذه الحالة [illegible] يأثم فاما اذا كان لم يعطه اصلا
ولم يأذن بأخذه [illegible] بطيب نفسه لذلك [illegible] او يأذن [illegible] فصبر
حتى مات فانه لا يأثم كما في الاكراه [illegible] لو كان صاحب المال يعطيه
بالعمد فلم يأخذه حتى مات يقول انه يأثم فاذن لا فرق بين المسئلتين
من حيث المعنى قوله ولصاحب المال ان يضمن المكره هذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان فعل المكره فيما يصلح آلة للمكره ينتقل الى المكره
فصار كأن المكره باشره بنفسه فلزمه الضمان بخلاف ما لا يصلح فيه
آلة [illegible] فلا ينتقل كالاكل والوطي والتكلم لانه لا يمكن ان يأكل بفم
غيره ولا ان يطأ بآلة غيره ولا ان يتكلم بلسان غيره ولهذا لو كان
الاكراه على اعتاق عبده كان الضمان على المكره لان المكره من حيث الاتلاف
يصلح آلة وكذلك الولاء للمكره لانه لا يصلح آلة في حق التكلم وهو
معنى قوله والا فلا فمعنى هذا التفصيل اي فيما يصلح المكره
فيه آلة للمكره لانه يمكنه ان يأخذه ويضربه ويسلمه [illegible]
قوله وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ولا يصبر
حتى يقتل فان قتله كان آثما هذا لفظ القدوري في مختصره [illegible]
في هذا ان الاكراه يبيح ما يبيحه الضرورة وما لا يبيحه الضرورة فلا
يبيحه الاكراه وقتل المسلم لا يباح بالضرورة فكذا لا يباح بالاكراه
قوله فالقصاص على المكره ان كان عمدا اي قال القدوري
في مختصره اعلم ان المكره لو هدد بالتلف على قتل [illegible] اذا فعل بالسيف
اختلفوا في وجوب القصاص فقال ابو حنيفة ومحمد يجب القصاص على المكره
الآمر ولا يقتل المكره وقال زفر يقتل المكره المامور ولا يقتل الآمر

وقال ابو يوسف لا يقتل واحد منهما تجب الدية في مال الآمر والاثم على الما
مور الا الاثم ولكن يعزر المامور وقال الشافعي يقتل الآمر والمامور جميعا كذا
ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده وغيره وهكذا ذكره علماؤنا في الكتب
الكرخي وغيره قول محمد مع ابي حنيفة وذكر الطحاوي في مختصره قول محمد
مع ابي يوسف وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وذكر في بعض
وذكر في شرح الاقطع قول الشافعي كقول ابي حنيفة ومحمد وجه قول زفر
ان الاكراه على القتل لا يعتبر لان الاقدام على القتل لا يباح فكان
وجود الاكراه وعدمه بمنزلة والفعل موجود حقيقة من الفاعل بصفة الحظر
في محل معصوم فوجب القصاص عليه الا ترى ان القاتل يأثم اثم القتل
ولا يتحقق اثم القتل بلا قتل بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير حيث
يضمن الآمر لان الاكراه اباح اتلاف مال الغير فبهذا سقط الاثم عن
المامور ووجه قول الشافعي ان القتل حصل من الفاعل مباشرة
ومن الحامل تسبيبا فيقتلان جميعا لان التسبب كالمباشرة
عنده ولهذا اذا رجع شهود القصاص بعد قتل المشهود عليه يجب القصاص
على الشهود عند الشافعي لانهم قتلوه حكما لانهم اوجبوا اهدار الدم
وعرضوه للتلف ووجه قول ابي يوسف ان القتل وجد من
الحامل من وجه لان الفاعل يصلح آلة له فصار الفعل منقولا الى
الحامل ووجد من الفاعل من وجه لانه يأثم فحصل القصور في الفعل
فكان شبهة فلم يجب القصاص على احد لان القصاص مما يندرئ بالشبهات
ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاكراه الملجئ متى تحقق كان الفاعل فيما
يصلح آلة كالآلة للحامل كما في اتلاف المال واذا كان كالآلة له صار
كانه اخذه وضربه بالسيف او السكين باحدهما وضربه به فصار
الحامل هو الذي باشر الفعل فوجب القصاص عليه لان الفعل صار
منقولا اليه فيما يصلح آلة له لا فيما لا يصلح آلة له وهو الاثم فبقي
الفاعل آلة في حق القصاص لان الانسان مجبول على حب حياته فلما
اقدم على اهلاك غيره بالاكراه جعل ذلك طريقا للدفع الهلاك عن نفسه
فصار بقضية الطبع مجبولا على الفعل بلا اختيار كالسيف والسكين
في يد الحامل فيصير فعل الفاعل منقولا الى الحامل في حق الضمان
لم يبق المباشر فاعلا لان الفعل الواحد لا يتصور ان ينقسم فيه
فاعلا فان قيل لما صار الفعل منقولا الى الحامل لم يأثم المباشر
قلنا لم نقل بنقل الفعل مطلقا بل قلنا ينقل فيما يصلح آلة

سائر الا

لانه لا يصلح آلة وهو الجناية على دينه لان غرض الحامل التجني
الفاعل على دين نفسه باختيار روحه على روح غيره ~~فبقي فيه لا يصلح آلة~~
وهو الجناية على دينه فصار هو الفعل من حيث كونه موجبا للضمان
مضافا الى الحامل ومن حيث الجناية على الدين مقتصرا على الفاعل
كالاكراه على الاعتاق فانه يضاف الى الحامل من حيث الضمان ويضاف
الى الفاعل من حيث تحصيل العتاق حتى يكون الولاء له لانه لا يصلح آلة
في هذا المعنى لانه لا يمكن ان يتكلم انسان بلسان غيره قوله
كما في شهود القصاص يعني اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه او عاد
المشهود عليه حيا يجب القصاص عليهم عند الشافعي لما قلنا وعندنا لا
قصاص عليهم لان القصاص جزاء الفعل فيجب ان يكون الفعل كاملا للقاتل
من كل وجه والشهود لم يوجد منهم صورة القتل فصار شبهة بخلاف
القتل الموجود من المكره الفاعل حيث يجب القصاص على الحامل
لان الصورة الموجودة من الفاعل مضافة الى الحامل لانه استعمله
كالآلة بلا اختياره في تحصيل تلك الصورة قوله وفي الاكراه الحسي
من اضافة المصدر الى المفعول قوله فان اكرهه على طلاق
امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه اي قال القدوري في مختصره
وهذا مذهبنا وعند الشافعي لا يقع طلاق المكره وعتاقه وتصرفاته
كلها باطلة الا ان يكون اكراها بحق وعندنا تصرفات المكره كلها منعقدة
الا ان بعضها منعقد بوصف الصحة وبعضها بوصف الفساد فما
يحتمل الرضا فيها شرط وهي التصرفات المالية ينعقد بوصف الفساد
لان الرضا شرط الصحة لا شرط الانعقاد وما لا يكون الرضا فيه شرطا
ينعقد بوصف الجواز له قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ
والنسيان وما استكرهوا عليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد
وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه ابو هريرة في
السنن وجامع الترمذي وفي شرح الآثار بمعنى هذا وروى الترمذي
في جامعه مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز
الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ولان الاكراه لا ينافي الخطاب
الا ترى الى قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان والجواب عن
الحديث قلنا المراد منه حكم الآخرة وهو الاثم لا حكم الدنيا الا ترى
انه ترك في القتل الخطأ الدية والكفارة وذلك حكم الدنيا فليس بمرفوع
وكذا جماع المكره يوجب الغسل ويفسد عليه حجه وصومه وفي المحيط

على المكره المجامع ولا يرجع به على الذي أكرهه فعلم بذلك أن كلام الإمام لتنويع
وأنه قاصد إلى الانتفاع غير راض بالحكم فصار كالهازل فيه فيشترك
الجنايات فيأتي البيان في الفصل الثاني من كتاب الطلاق إن شاء
الله تعالى ثم اعلم أن الإكراه لا يعمل في أشياء منها الطلاق والعتاق
والنكاح والرجعة واليمين والعفو عن القصاص واليمين
والنذر والظهار والإيلاء والفيء في الإيلاء والإسلام لأنه إنشاء
تصرف لا يبطله الهزل ويتعلق صحته باللفظ فلا يبطله الإكراه
قوله قال ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد أي قال القدوري
في مختصره قال محمد في كتاب الأصل ولو أن رجلا أكرهه لصوص
غالبون على مصر من الأمصار لهم منعة بوعيد قتل أو تلف على عتق
عبده ففعل فعتقه فإن العتق جائز ويرجع بقيمته لأن العتق تصرف لا
يبطله الهزل فلا يبطله الإكراه كالطلاق وهذه المسألة تضمنت
أحكاما أربعة أحدها أن العتق جائز ويرجع بقيمته على المكره ويتقرر
الثاني أن الولاء للعبد للمكره والثالث أن المكره
يضمن قيمة العبد يوم الإعتاق موسرا كان أو معسرا والرابع أن
العبد لا سعاية عليه لأحد أما الأول فهو جواز العتق فلما بينا في
المسألة التي قبلها أنه تصرف صدر من الأهل مضافا إلى
المحل فيصح وكونه لا ينفك عن تصرف الحال ليس بإخبار عن أمر ماض
ويوجد الأهلية ظاهر وتحققه لأنه بالبلوغ والعقل الذي يحصل
به التمييز وهو حاصل لا يرى أنه مخير هو الشرين وكذا حكم
لأنه بالتكليف والتكليف لم يعدم بالإكراه وكذا وجود المحل ظاهر لأن
محل الإعتاق هو عبده ومحل الطلاق زوجته ولا يلزم الإقرار
بالإكراه فإنه قولنا إنه تصرف والإقرار ليس بإنشاء بل هو إخبار
عن أمر ماض والخبر مما يحتمل الصدق والكذب فلم يعتبر إقرار
المكره لأن الإقرار الطائع إنما اعتبر لترجح جانب الصدق بالطواعية
ولم يوجد كذلك في الإكراه بل ترجح جانب الكذب لأنه لو كان صادقا
في الإقرار لم يحتج إلى الإكراه ولا يلزم الردة لأنه ليس بإنشاء تصرف
بل هو إخبار عن أمر كان وهو ما اعتقده في قلبه وأما الحكم
الثاني وهو الولاء فإنه لمولى العبد لأن الولاء من حيث إنه إعتاق
مقصور عليه وليس بمنقول ومضافا إلى الآمر والولاء لمن أعتق بالحديث
وأما الحكم الثالث وهو أن المكره يضمن قيمة العبد موسرا كان

أو معسرا لأن كلام الإمام في حق الإتلاف منقول إلى الآمر
فكأنه هو باشر المكره وأتلفه فالعبد في ضمان الإتلاف لا
يختلف باليسار والإعسار كشاهدين شهدوا على رجل أنه أعتق عبده
فقضى القاضي بالعتق ثم رجعا يضمنان موسرين كانا أو معسرين لأنهما
ضمنا بالإتلاف لا بالإعتاق فإن قيل ينبغي أن لا يضمن المكره
شيئا لأنه إتلاف بعوض حصل للمكره وهو الولاء وهذا لو أكره على
أكل طعام الغير فأكل المكره لا ضمان على الآمر لأنه حصل له عوض
وكذا لو أكره رجلا على الزنا فزنا فضمن المكره المهر لا يرجع
على الآمر لأنه حصل له عوض وهو منافع البضع قلنا إنما لا
يضمن الآمر ذلك لأن الإتلاف بعوض إذا كان العوض مالا كما
في أكل الطعام أو في حكم المال كما في صورة الزنا لأن منافع البضع
تتقوم بالعقد والدخول والولاء بمعنى النسب ليس بمال ولا في حكم المال
فالحد إذا رجع شاهد الولاء لا يضمنان وأما الحكم الرابع وهو أنه
لا سعاية على العبد لا للمكره ولا للمكره أما للمكره فلأنه مالك
أعتق عبده فلا حق فيه لأحد ومن أعتق عبده فلا حق فيه لأحد
فإنه لا سعى للمعتق كما لو كان طائعا وهذا القدر يكفي على قول
أبي حنيفة ولا يكفي على قولهما لأن المحجور عليه بالسفه إذا أعتق عبده يعتق
على قولهما ويجب عليه السعاية مع أنه أعتق عبده ولا حق فيه لأحد
فيحتاج إلى زيادة في العبارة فإن يقال مالك أعتق عبده ولا حق فيه لأحد
وهو غير محجور عليه فلا يسعى العبد له كما لو كان طائعا وأما
المكره فلأنه لم يملك العبد فإنه ضمن القيمة لأنه ضمن بعد العتق والحر
لا يملك بالضمان ولأن المكره إنما ضمن من حيث إنه إتلاف العبد حكما كأنه
قتل العبد والمقتول لا يسعى ولأن السعاية تجب لتكميل العتق أو لتصحيح
العتق وقولنا ولا حق فيه لأحد احترازا عن الراهن المعسر إذا أعتق
عبده بلا رضا المرتهن حيث يسعى العبد لأن للمرتهن فيه حقا
واحترازا عن المريض إذا أعتق عبده وهو لا يخرج من الثلث
ثم مات فإنه يسعى للورثة في الثلثين لأن لهم فيه حقا هذا حاصل
ما ذكره صاحب الأسلام خواهر زاده في مبسوطه والتاجي في بعض نسخه قوله
ويرجع بنصف مهر المرأة أي كان قبل الدخول أي قال القدوري في مختصره
وهذا إذا كان الإكراه على الطلاق قبل الدخول والمهر مسمى فإن كان
قبل الدخول والتسمية يجب على الزوج المتعة ويرجع بها على المكره

قال محمد بن الحسن في الاصل واذا اكره الرجل بوعيد تلف على ان يطلق امرأته
ثلاثا ففعل فالطلاق واقع ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ثم كذا المكره اعلم
ان المكره على الطلاق اذا طلق زوجته فلا يخلو اما ان
طلقها قبل الدخول بها والمهر مسمى او غير مسمى او بعد الدخول فوجب
سقوط نصف الصداق ويرجع الزوج بذلك على الذي اكرهه لانه
اكد ما كان على شرف السقوط بعارضه من جهتها بتقبيل ابن الزوج
عن شهوة او ارتدادها قبل الدخول فصار كان المكره الحامل اخذ
من مال المكره المحمول ذلك المقدار واتلفه واما اذا كان الطلاق
قبل الدخول والتسمية وجبت على الزوج المتعة لان المتعة هي الواجبة
بالنص في تلك الصورة ويرجع الزوج بما غرم من المتعة على الذي اكرهه
لانه اكد عليه ما كان على شرف الزوال بالسقوط فصار كما كان في هذه
الطلاق اذا شهدا قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر
للزوج ان كان في النكاح تسمية وان لم تكن تسمية ضمنا المتعة كذا هنا
واما اذا كان الطلاق بعد الدخول فلا يرجع الزوج على الذي اكرهه
بشيء لان المهر تأكد بالدخول على وجه لا يسقط بشيء من جهات الفرقة
من قبلها ولم يوجب المكره عليه شيئا وانما اتلف ملك النكاح وملك النكاح
غير متقوم على غير ملكه الزوج لما بيناه الا ترى ان الشاهدين
على الطلاق بعد الدخول اذا رجعا لا يضمنان شيئا للزوج لانهما ما اتلفا
على الزوج الا مجرد النكاح فكذا هاهنا ثم ان صاحب الكتاب لم يذكر الاكراه
على النكاح قال محمد بن الحسن في الاصل ولو ان رجلا اكره بوعيد قتل او
حبس او قيد او ضرب حتى تزوج امرأة على عشرة الاف درهم ومهر مثلها
الف درهم كان النكاح جائزا ويكون للمرأة من العشرة الالف مهر مثلها
الف درهم ويبطل الفضل وهذا هو ظاهر الرواية وذكر الشيخ
ابو جعفر الحاكم في مختصره ان الزوج يلزمه جميع ذلك ويرجع
بالفضل على من اكرهه وهو ليس بظاهر الرواية اما جواز النكاح اذا
كان الاكراه بوعيد تلف فلان النكاح يصح مع الهزل فيصح
مع الاكراه كالطلاق والعتاق عندنا واما الوعيد بالحبس فلا يكون
ذلك اكراها في حق الزوج بل يكون النكاح طائعا في التسمية فيه
لان التسمية تصرف في المال والتصرف في المال مما يبطله الهزل واذا
فسدت التسمية كان لها مهر مثلها الف درهم لا غير ولا يرجع الزوج
على المكره بشيء لانه اوجب عليه مالا بعقد حصل له عوضا يعدله وله حكم المال

وهو

١٨٦

وهو ملك النكاح فان ملك النكاح عند دخوله في ملك الزوج يعد مالا
من حيث الحكم ولهذا اذا شهد شاهدان بالنكاح بالف درهم وهو مهر المثل
والزوج يجحد ذلك فقضى به القاضي ثم رجعا لا يضمنان شيئا لانهما
اوجبا عليه مالا بعوض يعدله فكذا هاهنا ولو ان المرأة هي التي
اكرهت ببعض ما ذكرنا حتى يزوجها الزوج على الف درهم ومهر مثلها عشرة
الاف او زوجها اولياؤها مكرهين فالنكاح جائز
ولا ضمان على المكره لان المكره ان ازال عن ملكها ماله حكم المال
فقد حصل لها عوضا يعدله وهو مهر مثلها وهو مال متقوم
فلا يضمن شيئا ثم هل للمرأة والاولياء حق الاعتراض على هذا النكاح
فالمسألة على وجهين اما ان يكون الزوج دخل بها او لم يدخل بها وكل
وجه على وجهين اما ان رضيت المرأة بما سمي لها من الصداق او لم ترض
وكل وجه على وجهين اما ان يكون الزوج كفوا لها او غير كفو فان
كان الزوج كفوا لها وقد رضيت بالمسمى فللاولياء حق الاعتراض
عند ابي حنيفة لمعنى واحد وهو التقصير في المهر وان كان الزوج كفوا لها وفي
عند ابي يوسف ومحمد ليس للاولياء حق الاعتراض اصلا لان الزوج كفو والمهر
كما رضيت بالمسمى صارت كانها زوجت نفسها في الابتداء بالف درهم لان
الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو زوجت نفسها في الابتداء
من كفو بأقل من مهر المثل كانت المسألة على الاختلاف على ما عرف في النكاح
فكذا هنا الا ان في كتاب النكاح ذكر قول ابي حنيفة وابي يوسف وسكت
عن قول محمد وهاهنا ذكر قول محمد مع ابي يوسف لان محمدا وضع المسألة في
النكاح في المرأة زوجت نفسها بغير رضا الاولياء والمذهب عنده ان
النكاح بغير ولي لا يجوز فاما الركن النكاح عنده لا يتصور التفريع
لتقصير المهر بعد ذلك على مذهبه والمذهب عندهما ان النكاح
جائز فتصور التفريع في هذا النكاح بسبب النقصان في المهر فلهذا ذكر
قولهما ولم يذكر قول محمد في النكاح وفي كتاب الاكراه وضع المسألة في ان الاولياء
هم الذين زوجوها فصح النكاح الا انه عدم منهم الرضا بنقصان المهر
فكان لهم حق الاعتراض بسبب نقصان المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما
وان كان الزوج غير كفو لها فللاولياء حق الاعتراض على هذا النكاح عندهم
جميعا عند ابي حنيفة لمعنيين لعدم الكفاءة ولنقصان المهر وعندهما
لعدم الكفاءة لا غير لانها رضيت بالمهر هذا اذا رضيت المرأة بالمسمى
ولم يدخل بها الزوج فاما اذا لم ترض المرأة فانه ينظر فان كان الزوج كفوا لها

رفعت
فلها حق الاعتراض على هذا النكاح لنقصان المهر عندهم جميعا فاذا
الامر الى القاضي يخير زوجها فيقول له اتمم مهرها والا فرقت بينكما
وانما يخير الزوج لانه يلزمه زيادة مهر لم يرض به والعاقد
من لم يرض به بدل لم يرض به فيخير كرجل اشترى في مرض
محاباة لا تخرج من ثلث ماله ثم مات المريض فان الورثة او يخيروا
المشتري لانه لزمته زيادة ثمن لم يرض به فكذلك هنا يخير
الزوج فان اتم لها مهر مثلها نفذ النكاح وان ابى فرق بينهما
ولا يكون لها مهر لان الفرقة جاءت من قبلها في ترك الزيادة
والفرقة الواقعة من قبلها تسقط الصداق كله قبل الدخول
كما في ارتدادها وتقبيلها ابن زوجها او اباه وان لم يكن الزوج كفوا
لها فللمرأة والاولياء حق الاعتراض على هذا النكاح عند ابي حنيفة
لعدم الكفاءة ولنقصان المهر وعندهما للاولياء حق
الاعتراض لعدم الكفاءة ولا للاولياء حق الاعتراض لعدم الكفاءة لان
هذا كله فيما اذا لم يدخل بها فان دخل بها وهي مكرهة فان كان
الزوج كفوا لها فلا اعتراض على هذا النكاح لاحد لنقصان المهر
فما رفع ... الكفاءة بعض وان لم يكن كفوا لها فللاولياء ان لهم
حق الاعتراض بعدم الكفاءة فاما اذا دخل بها وهي طائعة فقد رضيت
بالمهر المسمى دلالة كما لو رضيت بالمسمى نصا ولو رضيت نصا فعلى
قول ابي حنيفة للاولياء حق الاعتراض لنقصان المهر وعندهما لا لهم
الاعتراض وان كان الزوج غير كفو فللاولياء حق الاعتراض في قول
ابي حنيفة لمعنيين لعدم الكفاءة ونقصان المهر وعندهما لعدم
لعدم الكفاءة لا غير هذا حاصل ما ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في
مبسوطه قوله ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل
الوكيل جاز استحسانا ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وذكر ما بعده
تفريعا ايضا اعني الاكراه على النذر واليمين والظهار والرجعة
والايلاء والفيء باللسان والخلع قال محمد في الاصل باب الوكالة في الاكراه
ولو ان لصا غالبا اكره رجلا بوعيد قتل او ضرب يخاف منه تلف
على ان يوكل رجلا بعتق عبد له او بطلاق امرأة له لم يدخل بها فاعتق
الوكيل العبد وطلق المرأة فجميع ما صنع الوكيل من ذلك جائز على
الموكل والضمان على الوكيل ويضمن المكره قيمة العبد لمولى العبد ونصف
الصداق للزوج وفي المسئلة قياس واستحسان الوكالة وقياس واستحسان
في

في تضمين المكره اما الاول وهو القياس فلان الوكالة لا تصح مع الاكراه
لان الهزل يؤثر فيه فلا تصح مع الهزل كالبيع فكذا ينبغي ان لا تصح
مع الاكراه كالبيع ووجه الاستحسان ان الاكراه اثره في فساد
العقد لا في انعقاده فكانه شرط شرطا فاسدا في الوكالة والوكالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة لان الطلاق والعتاق من قبيل الاسقاطات
فيحتملان التعليق والتعليق بمنزلة عقد الفضولي فصار كما لو
اكره المولى على ان يقول ان شئت فانت حر او الزوج على ان يقول
ان شئت فانت طالق واما الثاني فلان في القياس ان لا يضمن المكره لان
الوكيل يفعلهما بفعل باختياره ان شاء فعل وان شاء ترك وللموكل ولاية
العزل ايضا فلم يكن المكره متلفا وجه الاستحسان ان مطلوب المكره
من الضرر الذي اراده بالموكل من زوال عبده وطلاق زوجته قد
حصل بما صنع فالاتلاف الى المكره وفي الاصل ولو كان اكرهه بوعيد
حبس او قيد حتى وكل كان ذلك جائزا ولم يكن على الذي اكرهه ضمان
اما جواز التوكيل فلانه لا اكراه بالحبس والقيد لا يعتبر اكراها
في حق الطلاق والعتاق وكذا في التوكيل بهما فاذا لم يصح الاكراه كان
المولى طائعا في التوكيل ولم يكن على احد ضمان قوله
والنذر لا يعمل فيه الاكراه قال محمد بن الحسن في الاصل ولو ان لصا
غالبا اكره رجلا حتى جعل على نفسه صدقة او صوما او حجا او عمرة
او غزوة في سبيل الله تعالى او بدنة او شيئا يتقرب به الى ربه
يهدده بقتل او بتلف عضو او غيره ففعل في ذلك وجب
على نفسه فانه يلزمه ذلك كما روي عن محمد اما بلا اكراه عن عمر
رضي الله عنه انه قال اربع مقفلات ليس فيهن ترديد النذر والعتاق
والطلاق والنكاح والنذر اراد بقوله مقفلات ان وقوعها وصحتها
مطلقة بلا اعتبار الرضا والطواعية والجد اذا صدر عن مكلف
منه قول ابن عباس ابهموا ما ابهم الله تعالى يعني ان حرمة ام المرأة
مطلقة غير مقيدة بالدخول بالربيبة يعني الرد الى النذر
واليمين نص على انه لا يبطله الهزل الاكراه ابدا فلذا لا يلزمه
فكل تصرف لا يبطله الهزل لا يبطله الاكراه ولان النذر واليمين لا يحتملان
الفسخ بعد وقوعهما وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الاكراه ولا يرجع
المكره على المكره بما لزمه من النذر لانه لا مطالب به
في الدنيا [illegible] قوله وكذلك اليمين

[illegible] (left margin note)

والظهار لا يعمل فيها الاكراه لعدم احتمالها الفسخ اي يصحان مع الاكراه
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الاكراه على النذر واليمين من
شرح الكافي ولو اكرهه على ان يظاهر من امرأته كان مظاهرا لانه
من باب التحريم فاشبه اليمين ولانه في معنى الطلاق وقد كان طلاقا ووقع
في الجاهلية والاكراه لا يمنع من تحقق الطلاق ولو اكرهه ان يكفر
بفعل لم يرجع بذلك على الذي اكرهه لانه ما اكرهه على ازالة المال
عن ملكه وانما اكرهه على اداء واجب عليه وهو محسن في ذلك وهو ان
عين شيئا لا اذا الكفر وهو مما يلزمه ذلك وليس كان فيه نوع اتلاف
مضاف الى فعل المكره ولكنه اتلاف بعوض يسلم اليه وهو سقوط الواجب
عن ذمته او حل الوطء فلا يعد اتلافا فلو اكرهه على عتق عبد
بعينه عن ظهار ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه اكرهه على
ازالة العبد عن ملكه وانه ليس بواجب عليه على التعيين فان قال انه
اتلاف بعوض لانه يسقط به الخروج عما دون هذا فصار في الزيادة
اتلافا بغير عوض حتى قالوا لو كان هذا من اخس الرقاب لا يتصور
ان يكون دون هذا مجزئا لا يضمن شيئا فان قالوا يسعى او يضمن بقدر
الزيادة قلنا متى ضمن بعضه اخرج من ان يكون كفارة فيصير ان
اتلاف بلا نفع فيلزمه ضمان كله ولم يجزه عن الكفارة ولانه
متى وجد الضمان لربه على المكره صار اتلافا بعوض فلا يقع كفارة
ولو قال انا ابرئه من القيمة حتى يجزئه من الكفارة لم يجزئه ذلك لانه
متى لم يقع كفارة كما يثبت لكفارة فان قال اعتقته حين اكرهني وانا
اريد به كفارة الظهار ولم اعتقه لاكراهه جاز ذلك عن كفارة
الظهار لانه اخبر انه اعتقه طائعا فلم يكن الضمان واجبا على
المكره فيصح لكفارة وانه اقر بنيته ونيته تصديق فيما تكون
له على المكره شيء لانه اخبر انه طائع وان قال اردت به العوض عن
الظهار كما امرني ولم يخطر ببالي غيره لم يجزئه عن الكفارة لانه
اخبر انه فعلت ما امره فكان مكرها لما اكرهه فيحبس او يبلغ جزاه
عنه لانه لا يوجب نقل الفعل الى غيره وانما يوجب الضمان على المكره
فبقي اعتاقا بلا عوض ثم لم نصح لكفارة كذا في شرح الكافي قوله
وكذا الرجعة والايلاء والفيء باللسان لانه يصح مع الهزل اي لا يعمل
الاكراه فيها ايضا قال محمد في الاصل في باب الاكراه على الرجعة والفيء
في الايلاء باللسان ولو ان رجلا طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة

فاكرهه

رابعة عشرة

في الرجعة جائزة ١٨٨

فاكرهه لتصح الفعل ان يراجعها فراجعها واشهد على ذلك فالاكراه
وذلك لان اثبات الرجعة تصرف يصح مع الهزل فانه لو قال راجعتك
هازلا صحت الرجعة وما صح مع الهزل صح مع الاكراه كالنكاح و
الطلاق والعتاق وانما صحت رجعة الطلاق لما روينا عن السنن
في حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق والرجعة ولان الرجعة اما ان تكون فرع النكاح
او فرع الطلاق وحكم الفرع لا يخالف حكم الاصل والطلاق يصح من
الهازل وما صح مع الهزل صح مع الاكراه فكذا الرجعة بل الرجعة اولى (م النكاح)
لانها اسرع نفاذا من النكاح فانها تصح بلا رضا المرأة وبغير شهود
وبغير مهر ولا تصح النكاح بدون هذه الشرائط فاذا اكره على الاقرار
بالرجعة بوعيد بقتل او حبس كان باطلا لان الاقرار بالرجوع مما لا يصح
مع الهزل فلا تصح مع الاكراه كالبيع والاجارة فاما اذا اكره المولي
على ان يفيء وكان فيئه باللسان اما لصغرها او لمرضها او غير ذلك
ففاء فيئت مكرها صح الفيء لان الفيء في الايلاء باللسان مما يصح
مع الهزل لانه استدامة النكاح كالرجعة فيصح مع الاكراه ولو
اكره على الاقرار بالفيء كان باطلا لان الاقرار مما لا يصح مع الهزل
فلا يصح مع الاكراه وقال الحاكم في الكافي ولو اكرهه بوعيد تلف
حتى آلى من امرأته فهو مول وذلك لانه يمين والاكراه لا يمنع
تحقق اليمين فان تركها اربعة اشهر بانت منه لان حكم الايلاء هذا
ولا يرجع على المكره بشيء سواء كانت المرأة مدخولا بها او غير مدخول بها
اما الاول فظاهر لان المهر وجب عليه بالدخول السابق لا بالايلاء
ولانه حصل له عوض المهر وهو منافع البضع ولا يرجع عليه
بما يلزمه من ملك النكاح بسبب البينونة لان ملك النكاح لا يتقوم بالاتلاف
واما الثاني فلانه مختار في البر لا مكره مضطر لانه كان يمكنه ان
يقربها في مدة اربعة اشهر وحكم القربان وجوب الكفارة ولا يبقى
في وجوب الكفارة اتلاف مال لانه لا يطالب به في الدنيا ولا يحبس
ومتى امكنه التخلص عن عهدة الاكراه بلا اتلاف مال لم يكن مضطرا
في البر فلا يرجع بعهدته على المكره هذا اذا لم يقربها في المدة فان
قربها فوجبت عليه الكفارة لا يرجع على المكره بذلك ايضا لانه
اكرهه على ترك القربان لا على القربان فكان كالمتطوع في القربان و
لو اعتبر مكرها في القربان لانه انما قربها خوفا من البينونة بترك القربان

في مدة اربعة اشهر فلا يرجع ايضا اما في التكفير فلانه مجرد ايجاب
لا يطالبه به ولا يجبر عليه فلا يوجب الضمان على الموجب واما اذا اكرهه
على التكفير فكفر فلا يرجع ايضا لانه اكرهه على اقامة الواجب وذلك
لا يوجب ضمانا لانه محتسب فيه في اداء الاصل ولو كان اكرهه على ان
يقول ان قربتها فهي طالق ثلاثا او عبد يلف حر فان قربها في مدة
اربعة اشهر لزمه المهر كملا بهذا الدخول وان لم يكن خلا بها ولا يرجع
بذلك على المكره لانه اكرهه على ترك القربان فكان طايعا فيه لانه حصل
بمقابلة المهر عوض وهو ما استوفى من منفعة البضع فكان بمنزلة جابر
بعوض فاما اذا لم يقربها وتركها حتى مضت اربعة اشهر فطلقت وجب
نصف المهر ان كان لم يدخل بها ولا يرجع به على المكره لانه كان
يقدر على ان يفيء في المدة فيلا حبه واحله وان كان لا يحل له الزيادة عليها
يحصل له العوض وهو منفعة البضع بما يغرم من المهر فاذا لم يحصل
عوض المهر مع الامكان كان راضيا وان كان دخل بها فبانت بمضي المدة
لا يرجع ايضا لانه وجب عليه من كمال المهر لا يحصل له عوض ما وجب عليه
وكذلك لو اكرهه على ان قال ان قربتها فعبدي حر لانه قادر على ان يقربها
ثم يدخل فلا يكون مضطرا في الاقدام على ما اكره ولو كان رجلا لا يقدر
على سبعة اولا ذلك [illegible] ام ولد له فان قرب المراة عتق ولا ضمان
على الذي اكرهه لانه جانف فيما دعاه اليه فكان راضيا فيما فعل وان
تركها حتى بانت بالايلاء وقد دخل بها لم يرجع على الذي اكرهه ايضا
لانه بترك القربان لا يلزمه المال لانه كان واجبا قبل ذكر بالدخول
بوصف التاكيد وانما بطل ملك النكاح وانه ليس بمتقوم حالة
الخروج وان لم يكن دخل بها لزمه نصف المهر ولا يرجع به على
المكره ايضا لانه كان يمكنه ان يقربها في مدة اربعة اشهر
فيحصل له عوض ما يغرم من المهر وهو منافع البضع فاذا ترك
العوض مع الامكان كان راضيا [illegible] بالرجوع على المكره بالذي لزم
من نصف المهر ومن قيمة الذي استحلف على عتقه لانه لا يمكنه التخلص
عن عهدة الاكراه الا بالايلاء [illegible] مع المدبر وام الولد غير
ان الضرورة تندفع بالتزامه فكان مختارا في التزام الزيادة فلا يرجع به
على المكره قوله والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه
اي لا يعمل الاكراه في الطلاق والعتق حتى يقابل الصحابه [illegible] قال
محمد بن الحسن باب الاكراه في الخلع والعتق والصلح عن دم عمد على المال

ولو ان

مختارا ان

بلغ المقابلة

١٨٩

ولو ان رجلا اكره بوعيد تلف او حبس على خلع امراته على الف درهم ومهرها
الذي تزوجها عليه اربعة الاف درهم وقد دخل بها والمراة غير مكرهة
فالخلع جائز وللزوج على امراته الف درهم ولا شيء للزوج على الذي
اكرهه اما جواز الخلع فلان الزوج مكره على الطلاق وطلاق
المكره جائز بغير مال عندنا فببدل اولى والمال واجب على المراة
لانها طايعة في بذل المال ولا شيء للزوج على المكره لانه لم يتلف على
الزوج مالا ولا اكثر عليه ما له شرعا متقوما لان المهر كان مقررا
بالدخول وانما اتلف عليه ملك النكاح بعوض يسير قبضا لانه بلا
عوض لا يضمن فبالعوض اليسير اولى هذا اذا اكره على الخلع والطلاق
بمال بعد الدخول فان كان قبل الدخول فهو على وجهين ذكرهما شيخ ا
لاسلام خواهرزاده في مبسوطه اما ان ساق الزوج المهر او لم يسق فان ساق
يرجع الزوج على المكره بنصف الصداق في قولهم جميعا لان المكره
اكد على الزوج مهرها كان على شرف السقوط اذا جاءت الفرقة من جهتها
لولا الخلع وان لم يحصل له الا نصف الصداق ويرد النصف والنصف الاخر
بقي سالما للمراة عندهم جميعا اما على قول ابي حنيفة فلان البراءة وان
وقعت للمراة عن ذلك النصف بحكم الخلع لا بذكرهما [illegible] للزوج على
المراة بحكم الخلع لم يصح لانه انما [illegible] فان الزوج كان مكرها على هذه
البراة والبراة عن المال لا تصح مع الاكراه وان كان يصح الطلاق مع الاكراه
وعلى قولهما لم تقع البراة لها عن النصف الذي [illegible] لو كان الزوج
طايعا في الخلع لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراة عما سمياه [illegible]
منها قبل صاحبه بحكم النكاح عندهما وانما يوجب عند ابي حنيفة هذا
اذا كان ساق المهر اليها فان لم يسق يعني قولهما يرجع الزوج على المكره
بنصف الصداق في الخلع والطلاق على مال جميعا وعند ابي حنيفة
في الخلع لا يرجع بشيء وفي الطلاق على مال اختلف المشايخ على قوله قال
بعضهم لا يرجع على المكره بشيء وقال بعضهم يرجع بنصف الصداق
كذا [illegible] لو اكره على الخلع وهذا فرع ما ذكر في كتاب الطلاق ان
الخلع متى وقع على مال مسمى يعني على قول ابي حنيفة لا يقتصر على
المال المسمى بل يتعدى الى ما سمي كل واحد منهما قبل صاحبه بحكم
النكاح و[illegible] المهر دين لها على الزوج بحكم النكاح فيبرا الزوج عنه
وان لم يجعل المهر بدل الخلع وعلى قولهما لا تقع البراة عن المهر متى لم يجعل
المهر من الخلع واذا برئ الزوج عن المهر بحكم الخلع عند ابي حنيفة فالمكره

نصفه

بهذا الخلع لم يؤكد مهرا كان على شرف السقوط بل اسقطه عنه ومع ذلك لا اسقاط
لان الابرا حصل من جهة المرأة وهي طائعة في الابرا وعلى قول الامام يبرأ الزوج
عن المهر جميعه على الزوج رد نصف المهر بعد الخلع الى المرأة وكان ذلك
على شرف السقوط فاكده المكره على الزوج فيرجع الزوج بنصف المهر عليه
وان طلقها بمال مسمى سوى المهر هل يقع الابراء للزوج عن المهر ففيه خلاف
المشايخ بناء على قول ابي حنيفة في كتاب الطلاق وعندهما لا يقع الابراء
عن المهر بالخلع كما بالطلاق اولى وقال في الاصل وكذلك لو كان للرجل
على رجل الف درهم فاكره على ان يصالح من ذلك على الف درهم والذي قبل الالف
غير مكره فالصلح جائز على الف درهم وكذلك ان دعى جانبا بغير حق على اسقاط
الحق والاسقاطات لا يتوقف صحتها على الرضا ومن جانب من عليه
القصاص يملك المال بالعوض وعند رضى بذلك وكذا لا يضمن المكره شيئا لان
القصاص ليس بمال فلو اكرهه على العفو عن القصاص فعفى بطل
لا يضمن شيئا لما قلنا اولى **قوله** فان اكرهه على الزنا وجب عليه
الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه
الحد اي قال القدوري في مختصره ولم يزد صاحب الهداية على ما ذكر القدوري
ولم يشتغل ببيان الدليل قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه السلطان
اذا اكره رجلا على الزنا بامرأة فزنى بها كان ابو حنيفة اولا يقول يجب
الحد على المكره وهو قول زفر ثم رجع فقال لا يجب الحد على المكره وجه قوله
الاول استحسان يجب عليه الحد كما اذا زنى من غير اكراه وذلك لان الزنا لا يتحقق
الا بعد انتشار الآلة وانتشار الآلة لا يكون الا بالنشاط والاشتهاء و
الاشتهاء دليل الطواعية لان المكره لا يشتهي لانه خائف والخوف ينافي
الاشتهاء فثبت انه زنا طائع وجه قوله الثاني ان هذا زنا مكره فلا يجب
عليه الحد قياسا على المرأة اذا اكرهت على الزنا فانه لا يجب عليها الحد
وانما قلنا انه مكره لان الاكراه امر حقيقي وهو التخويف بالقتل
والقطع وقد وجد وهو انه لم يبح له الاقدام على الزنا لانه حرام لا يباح
بحال لا يسقط حرمته بالضرورة لا يتعلق سببا لوجوب العقوبة لان حرمته
للزجر والردع بحال يليق ذلك لقاصد المطلق وهذا ليس بقاصد
مطلق لانه قصد بذلك دفع الهلاك عن نفسه لا عين اقتضاء الشهوة
ولهذا لا يجب القصاص على المكره بالقتل مع ان فعله محظور لقيام الضرورة
المخلة بقصده والجواب عن قوله ان انتشار الآلة لا يكون الا بالنشاط والاشتهاء
قلنا قد يكون ذلك طبعا بدون الاشتهاء فلا ينتفي الطواعية
اذ ان
فاذا

فاذا لم يجب الحد على قوله الاخير وهو قولهما وجب المهر سواء كانت المرأة
مكرهة او طائعة على الزنا لان الوطء في دار الاسلام في محل الغير لا يخلو عن حد
او مهر فلما انتفى الحد للاكراه وجب المهر سواء اذنت المرأة في ذلك
او سكتت لان اذنها باطل لان الابضاع لا تستباح بالاباحة وقال في الفصول
وهو آثم لان الحرمة لم تسقط فاذا وجب المهر على المكره لم يرجع بما
ضمن على المكره لان منفعة الوطء حصلت له فكان ايجاب العوض
تحت له فلا يجب شيء على المكره قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
فاما اذا حصل الاكراه على الزنا من غير السلطان فان ابا حنيفة قال لم
يجب الحد على المكره في قوله الاول والآخر وعلى قول ابي يوسف ومحمد لا يجب الحد
لان الاكراه من غير السلطان لا يكون اكراها عند ابي حنيفة فكان زنا طائع
وعندهما يتحقق الاكراه من غير السلطان اذا تحقق منه كما يتحقق من جهة
السلطان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
في زمن ابي حنيفة كان السلطان يكاد يعد وكان زمان غوث لما في ولم
يكن من غيرهم التغلب وفي زمانهما كانت المتغلبين كثيرة ولم يكن للسلطان
قوة الدفع فاجاب كل واحد منهم على حسب زمانه وقيل هذا اختلاف
حجة وبرهان اعني انه اختلاف مبني على دليل ودليلهما ظاهر وان الكلام
فيما اذا جاء من غير السلطان مثل ما يأتي من السلطان في موضع لا مرجع له
عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء الا ترى انه لو كان في غير المصر
اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة ان هذا مما لا يتحقق الا اذا كان في المصر
المصر
لان الظاهر انه يلحقه الغوث من الناس او من السلطان فيستعين بالحكم
فلا يقدم على الزنا حتى لو كان في موضع تغلب كان غير المصر فيعتبر
كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي وقال في الاصل وان اكره المرأة
على الزنا لم اقض عليها بحد قال خواهر زاده في شرحه ولم يذكر لابي حنيفة
قولين وذكر في فصل المرأة ابو حنيفة على قوله الاول الفرق
بين الرجل والمرأة والفرق انه لم يوجد في حق المرأة ما يدل على الطواعية
من انتشار الآلة فيتحقق اكراهها على الزنا والرجل يوجد منه ما يدل
على الطواعية وهو انتشار الآلة فاعتبر طائعا ثم ذكر ان المكره
على الزنا يأثم بالزنا ولم يذكر ان المرأة اذا اكرهت على الزنا هل تأثم
قال ثم ذكر في شرح الكافي وجوابه انها لا تأثم لانه لا فعل لها هي الآلة كما اذا
كان الاكراه بوعيد بالقتل ان كان بغير تلف فعليه الحد لانه لم يوجد
الاكراه الملجئ فكان طائعا ولو امتنع المكره من الزنا حتى قتل كان مأجورا

لانه بدل نعمة لا عذر دين الله تعالى انفا مما حرمه الله تعالى قوله قال
فاذا اكره على الردة لم تبن امراته منه اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان الكفر يتعلق بالاعتقاد لانه يتبدل بالاعتقاد فاذا كان
قلبه مطمئنا بالايمان حين اجرى كلمة الكفر على لسانه لم يحصل ذلك ولم يحكم
بكفره فاذا لم يكفر لم تبن منه امراته لان اعتقاد الكفر شك فلم يثبت
بالشك والاصل فيه قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان نزلت في
عمار بن ياسر رضي الله عنه قال اجتمع الرجال بما ايد المراد اعتقدت بقلبك
الكفر حين اجريته على لسانك كلمة الكفر للاكراه وبينت فقال
الرجل اظهرت الكفر بلساني خوفا من السيف وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله
استحسانا وكان القياس ان يكون القول قول المراة حتى يفرق بينهما لان الكفر
موضوع سبب البينونة كالطلاق وفي الطلاق يستوي الطائع والمكره فكذا
في الكفر وجه الاستحسان ان الكفر ليس بموضوع للبينونة وانما تقع البينونة
اذا تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم التبدل فلا تبين منه قوله
بخلاف الاكراه على الاسلام هذا جواب سؤال بان يقال كيف قلتم ان
الاعتقاد مع الاكراه لا يدل على التبدل وقد جعل تبدل الاعتقاد مع الاكراه
في صورة الاكراه على الاسلام لانكم تعتبرونه مسلما كما كان يتبدل اعتقاده
من الكفر الى الاسلام فاعتبروه مسلما فاجاب عنه بقوله بخلاف الاكراه على الاسلام
وعلله بقوله لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين يعني
لما احتمل حالة الاسلام واحتمل الكفر في حال الاكراه على الردة وفي
حال الاكراه على الاسلام رجحنا الاسلام في الحالين جميعا حتى لم نحكم بكفره
في الصورة الاولى وصار مسلما في الصورة الثانية لان الاسلام يعلو
ولا يعلى وهذا في الحكم فان القاضي يقضي باسلام المكره على الاسلام
اذا اسلم اما اذا كان اعتقاده بخلاف ما اجرى على لسانه فانه ليس بمسلم
فيما بينه وبين الله تعالى ثم انه اذا ارتد بعد الاسلام والحكم به لا يقتل لتمكن
الشبهة في اسلامه وهي اسلامه بالاكراه ويسقط القتل بالشبهة قوله
وان قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن
فعلت بانت منه امراته حكما لا ديانة ذكر هذا تفريعا على مسألة
القدوري وحاصل هذه المسألة على ثلاثة اوجه كما ذكره في الاصل
والكافي وجوهه ان رجلا لو قال له اهل الحرب وقد اخذوه
اسيرا لتكفرن بالله او لنقتلنك فكفر بالله في وجه لا يصير [illegible]
لا في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه تعالى وفي وجه يكفر في القضاء

حتى

حتى يفرق القاضي بينه وبين امراته ان كان له امراة ولا يكفر فيما بينه
وبين ربه تعالى حتى وسعه امساك امراته فيما بينه وبين ربه تعالى
وفي وجه يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه تعالى قوله فاما الوجه
الاول فهو ما اكره على كلمة الكفر فوجد تلفظ تكلم به ولم يخطر
بباله شيء عند ما اكره عليه وقلبه مطمئن بالايمان فحينئذ لا يكفر
اصلا لا قضاء ولا ديانة لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
واما الوجه الثاني فهو انه يكفر قضاء ~~واما الوجه الثاني فهو انه~~
يكفر قضاء لا ديانة فهو ما اذا خطر على باله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب
وان لم يكن كان قد فعل فيما مضى فخطر بباله ان يريد الخبر بالكفر عما مضى بالكذب
ولم يرد به كفرا مستقبلا وانما كفر قضاء لانه عدل عما اكره عليه لان المكره عليه انشاء
الكفر لا على الاخبار عن الماضي [illegible]
الاخبار وهي اخبار بالكفر فيما مضى فاذا قال عنيت به الكذب لا يصدقه
القاضي لانه خلاف الظاهر لان الظاهر هو الصدق حالة الطواعية
ولكن يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه واما الوجه الثالث فهو
انه يكفر قضاء وديانة فهو ما اذا قال خطر على بالي الاخبار عن الكفر
الماضي بالكذب فلم اذهب لكني اردت كفرا مستقبلا جوابا لكلامهم
وذلك لانه اتى بغير المكره عليه وهو انشاء كفر طائعا فيكفر قضاء وديانة
وانما قلنا انه طائع لانه لما خطر بباله الاخبار بالكفر الماضي كاذبا امكنه
التخلص عما اكره عليه ومتى امكنه التخلص بالادنى ومع ذلك اتى بالزيادة كان
طائعا وكذا لو قيل له لنقتلنك او لتصلين لهذا الصليب فصلى فهو على ثلاثة
اوجه ايضا اما ان يقول خطر على بالي ان اصلي لله وصليت له ولم اصل
للصليب او يقول خطر ببالي اني اصلي لله ثم افضل ذلك وصليت للصليب
او يقول لم يخطر ببالي شيء وقد صليت للصليب مكرها اما في الوجه الاول
فانه لا يكفر لانه صلى لله تعالى لا للصليب ولا فرق بين ان يكون مستقبل
القبلة او غير مستقبلها وبه صرح الكرخي في مختصره واما اذا قال خطر
على بالي ان اصلي لله تعالى وقد تركت ذلك وصليت للصليب فانه يكفر قضاء
وديانة لانه صلى للصليب طائعا لانه لما خطر على باله ان يصلي لله تعالى
فقد امكنه دفع الاكراه بذلك لان المكره لا يعرف انه يصلي لله تعالى
دون الصليب لانه لا اطلاع له على ما في ضميره فاذا امكنه دفع الاكراه
بهذا القدر كان طائعا في الصلاة للصليب فمن صلى للصليب طائعا كفر
قضاء وديانة واما اذا قال لم يخطر على بالي شيء وقد صليت للصليب مكرها فانه لا يكفر
اصلا لا قضاء ولا ديانة

لانه يفعل ذلك مكرها وقلبه مطمئن بالايمان فصار كما لو تكلم بالكفر
وقلبه مطمئن بالايمان ولم يخطر على باله شيء ولو اكره على شتم محمد صلى الله عليه وسلم
فشتمه فالمسئلة على ثلاثة اوجه ايضا اما ان يقول خطر على بالي محمد
آخر رجل من النصارى فاردت بالشتم ذلك الرجل النصراني او يقول خطر
على بالي رجل من النصارى اسمه محمد فلم اشتمه وانما شتمت محمدا صلى الله عليه وسلم
وانا غير راض بذلك او يقول لم يخطر على بالي شيء فشتمت محمدا كما طلب مني
وانا غير راض بذلك ففي الوجه الاول لا يكفر لانه ما شتم محمدا وفي الوجه
الثاني وهو ما اذا خطر على باله ذلك الرجل ولكنه لم يشتمه بل شتم محمدا
فانه يكفر قضاء وديانة لانه لما خطر بباله محمد آخر امكنه التخلص
عن الاكراه بشتم ذلك الرجل فلما شتم محمدا صلى الله عليه وسلم مع ذكره كان راضيا بالشتم
وفي شتمه طائعا فيكفر قضاء وديانة وفي الوجه الثالث وهو ما اذا لم يخطر
على باله شيء لا يكفر لانه مضطر فيما يفعل فصار كما لو تكلم بكلمة الكفر
ولم يخطر على باله شيء وقلبه مطمئن بالايمان والصليب بمنزلة الشتم
بغيره النصارى **قوله** بعد قرناه زيادة على هذا اي كفانا [illegible] اراد
بذلك ان في كل واحد من هذه المسائل الثلاث اعني الاكراه على الردة والاكراه
على الصلوة للصليب والاكراه على شتم محمد صلى الله عليه وسلم ثلاثة اوجه فقد
استوفيناها بعون الله تعالى

كتاب الحجر

انما ذكر كتاب الحجر
عقيب كتاب الاكراه لمناسبة بينهما في ان كل واحد منهما يسلب ولاية المختار
عن الجري على موجب الاختيار لكن الاكراه اقوى تأثيرا لكونه مسلبا للاختيار
عمن له اختيار صحيح كالبالغ العاقل بخلاف الحجر فانه يسلب الولاية عمن ليس له
ولاية كاملة واختيار صحيح كالمجنون والصغير والرقيق فلذا قدم الاكراه
لقوته **قوله** فالاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز
تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز
تصرف المجنون المغلوب بحال اي بحال العقود [illegible] الحجر في اللغة
المنع [illegible] الحجر على القاضي حجرا لانه منعه من التصرف ولهذا سمي العقل حجرا
لمنعه من القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر منه [illegible]
لا يتمادى في اتباع الهوى الا الذي [illegible] فالعقل عقل والحجا حجا والحجر حجر
ومنه سمي حطيم الكعبة حجرا لانه حجر من البناء اي منع [illegible]
حجرا لانه ممنوع عنه بالادخال [illegible] وسمي الانثى من الخيل حجرا
حجرت عن الذكور الا عن فحل كريم ويقال سمي الحجر حجرا لصلابته
عن النار [illegible] وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن حجر مخصوص وهو الحجر

الحكمي

مسئلة شتم النبي صلى الله عليه وسلم كفر قضاء وديانة

احوال الاكراه الخارجي [illegible] من اصطلاح المصنف

الحكمي الذي لا يصير تصرف المحجور عليه معتبرا حتى اذا باع لا يحصل القبض
لا يفيد الملك وهذا هو الفرق بين الحجر والنهي فان النهي لا يمنع الملك بعد القبض
كما في البيع الفاسد واركانها في اللغة سواء واسباب الحجر ثلاثة وهي ما
ذكره في المتن من الصغر والرق والجنون وعند ابي حنيفة رحمه الله ثلاثة اخرى
وهي المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس ذكره بعض الشراح وصحته
وذلك بقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم
رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وابتلوا اي اختبروا وبلوغ النكاح ان يحتلم
لانه يصلح للنكاح عنده ومعنى آنستم اي علمتم ومعنى الرشد الطريقة
المستقيمة التي يتقون معها بانهم يحفظون اموالهم كذا قال الزجاج
وجه الاستدلال بالآية ان الله تعالى منع عن دفع المال قبل البلوغ
وايناس الرشد وهذا المعنى لا يوجد مع الصغر والجنون فدل ان
تصرفهما في المال لا يصح لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر
على شيء قيل ان الرق ليس بحجر في الحقيقة لان العبد لا يملك شيئا وانما
هو ممنوع من التصرف في مال المولى والمنع من التصرف في مال الغير لا يسمى حجرا
اصله سائر الاحرار الا انه لما لم يصح عقوده ولم يقبل اقراره مطلقا
جعل بمنزلة المحجور عليه ولانه مولى عليه كالصغير ثم اعلم ان الصبي
الصغير لو باذن الولي وهو يعقل البيع والشرى وقبل الاذن
ينعقد موقوفا على اجازة المولى وقال الشافعي لا يصح تصرف الصبي اصلا
وجه قوله انا اجمعنا انه محجور قبل الاذن وانما كان محجورا لصباه
والصبي قائم بعد الاذن فيبقى الحجر عليه ولنا قوله تعالى وابتلوا
اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم
وجه الاستدلال ان الابتلاء هو الاختبار ولا يتمكن الا بدفع التصرف في بعض
المال حتى يعلم انه حافظ لماله مصلح او مفسد ليوقف على رشده
وغيبته فدل على جواز الاذن وصحة تصرف الصغير بعد الاذن
فلو لم يدل على صحة تصرفه بعد الاذن لم يكن للامر بالابتلاء فائدة
ولانه باشر تصرفا مشروعا وهو من اهل المباشرة حقيقة وشرعا
[illegible] للعقد وهذا التعليل لما قبل الاذن اما بعد الاذن فيقول
انه باشر تصرفا مشروعا وهو من اهل المباشرة حقيقة وشرعا
وله ولاية على المحل فيجب ان ينفذ قياسا على البالغ وانما قلنا انه باشر تصرفا
مشروعا لان التصرف هو البيع وقد جعله الله تعالى مشروعا مطلقا
لقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا فان الله تعالى جعل البيع مشروعا

لمصالح العباد فتصالحوا بحججهم فالصبي محتاج الى ذلك كالبالغ غاية ما في الباب
ان في عقله قصورا ونقصانا فذلك ينجبر باذن الولي وانما قلنا
انه من اهل المباشرة لانه عاقل مميز بين الخير والشر والضر والنفع
وكلامنا فيه فبالعقل المميز يكون قادرا على المباشرة و
لهذا صح عبارته في اختيار احد الابوين عند الفرقة وصح وصيته
باعمال البر فدل انه اهل المباشرة حقيقة واما شرعا فلان القدرة
الشرعية انما تستفاد باذن الشرع وقد اذن الشرع وجوه مطلقا لان البيع
مشروع باذن الله تعالى مطلقا ولان توارث الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى يومنا هذا في بعث الصبيان لقضاء الحوائج في الشراء من السوق من غير
نكير من احد دليل عام على ان تصرف الصغير بعد الاذن صحيح
والتوارث من اقوى الحجج ولا يرد علينا الطلاق والعتاق وهبة الصبي حيث لا يصح
تصرف الصغير فيها اصلا باذن الولي لانه ضار محض لا شوب نفع فيه
فلا ينجبر باذن الولي واما تصرف العبد فانما جاز باذن المولى لان
العبد مكلف صحيح القول ولهذا يجب عليه العبادة البدنية المحضة
كالصلوة والصوم وانما منع من التصرف لحق المولى لانه لما جاز
تصرفه تعلق دينه برقبته وكسبه للمولى فمنع لحقه فاذا
اذن له مولاه جاز تصرفه لزوال المانع لان المولى اسقط حقه ويدل
على جواز الاذن ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك
ومعلوم انه لا يجيب دعوة المحجور فثبت انه كان يجيب دعوة المأذون
فلولا ان الاذن جائز لم يجب دعوة المأذون واما المجنون المغلوب فانه
لا يجوز تصرفه بحال لا قبل الاذن ولا بعد الاذن لعدم اهليته
لانه ليس بقادر على التصرف لعدم العقل المميز بين الخير والشر
والنفع والضر فلا يصح التصرف بدون الاهلية وكان تصرفه
ليس بصحيح فصار كالهازل واراد بالمجنون المغلوب الذي لا يجن
ولا يفيق وهو المغلوب على عقله وهو احتراز عن الذي يجن
ويفيق وهو المعتوه فان حكمه حكم الصبي على ما يجيء بعد هذا قوله يعقل
يرتقب على صيغة المبني للمفعول اي ينتظر قوله فلهذا يقع الفرق اي
لاجل ان العبد اهل لنفسه والصبي يترقب اهليته اي يرتقب باذن الولي
بالوجود الاذن كان ذكر دليل اهليته والمجنون ليس له اهلية اصلا وقع
الفرق بين المجنون وغيرهما حيث جاز تصرفهما بعد الاذن ولم يجز تصرف
المجنون الذي لا يفيق بحال لا قبل الاذن ولا بعده قوله فان كان من باع

من هولا

من هولا اشيا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شا اجازه اذا كان
فيه مصلحة وان شا فسخه اي قال القدوري في مختصره اعلم ان القدوري
ذكر اولا الاسباب الموجبة للحجر وهي الصغر والرق والجنون وكل واحد
منها يدل على من قام هو به اعني على الصغير والرقيق والمجنون مطلقا
ثم قال فمن باع من هولا اشيا اي من هولا المذكورين الثلاثة فالولي بالخيار
في الاجازة والفسخ اذا كان المباشر للعقد يعقل البيع ويقصده
يعني اذا باع الصغير شيئا او اشتراه فلحقته الاجازة فان يعقل معنى
العقد جاز والا فلا وكذا العبد الصغير وكذا المجنون الذي يجن ويفيق
اذا عقدا فاجازه الولي جاز ذلك اذا كان العقد حال افاقته ويعرف به
معنى البيع ثم اعلم انه لم يقل رواية القدوري في نسخ الهداية كما انتسخ
ولم يذكر صاحب الهداية لفظ او اشتراه وهو مثبت في المختصر والبداية
وكان في الهداية وقع سهوا من الكاتب ويدل على ما قلنا ان صاحب
الهداية ... بالسؤال والجواب وكذا في الشرح لا يقطع فيما اذا باع واحد
من هولا ويتفرع على من يملك الاجازة واما ما ذكر من الشرا فيصح انفاذ
الاصل فيه ان الشرا عندنا لا يتوقف حتى انه لو كان العقد لا ينفذ
اذا لم يجد نفاذا والشرا يلزم العاقد ثم ينتقل من جهته واذا كان
بغير من يتعقد على العاقد فيلزمه ولم يتوقف والشرا من
هولا لم يجد نفاذا توقف لان الحكم ان لا ينفذ لازما للعقد بقوله
فصار في هذا الوجه بمنزلة البيع توقف على راي الولي الذي
ينعقد القول بقوله ثم قوله فالولي بالخيار الى ان يعلم الوصي جده او
الامين الى ما ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في كتاب الماذون في باب الصبي
المعتوه ياذن له ابوه او وصيه في التجارة واذا باع الصبي ماله او اشترى
لنفسه شيئا قبل الاذن وهو صغير يعقل البيع والشرا العقد يعقله
ويعرف انه يتوقف على اجازة الاب او الوصي جاز عندنا وفي قول الشافعي لا يجوز
لانه عديم العقل حكما لانه يتولى عليه غيره وعديم العقل حقيقة كالطفل
والمجنون لم ينفذ تصرفه بالاجازة فكذا هذا ولنا قوله تعالى وابتلوا
اليتامى الاية امر بالابتلاء وانما يتحقق هذا في الصغير العاقل يعقل معنى
البيع صحيح العبارة وانما الحجر لتوهم الضرر والضرر ينجبر براي
الولي فينفذ تصرفه كما في العبد البالغ وفي شرح شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرح كتاب الماذون معنى قوله يعقله هو يعقل البيع والشرا اي يعقل
معنى البيع والشرا ما يعرف ان البيع سالب للملك والشرا جالب

ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لا نفس العبارة فإنه ما من
صبي يتلفظ بلفظ البيع والشراء إلا ويطلقهما وإنما يريد أنه يعقل معناهما
ومعنى قول القدوري ويقصده أي ويقصد البيع والشراء وهو
احتراز عن الهازل والخاطئ وإنما قيد بقوله يعقل البيع والشراء
احترازا عما إذا كان كل واحد من هؤلاء الثلاثة لا يعقل إذ
لا إذن لا ينعقد حينئذ لأن المقصود من الإذن التجارة ولا يتهيأ
التجارة لمن لا يعقل لأن صحة التجارة بالعبارة ولا صحة لعبارة
من لا يعقل فصار كالبهيمة في عدم إفادة الإذن **قوله** والمجنون قد
يعقل البيع ويقصده إلا أنه المعتوه المختلط الكلام الذي يشبه
بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين **قوله** بل نافذ
إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي يعني أن الأصل في الشراء
النفاذ على المباشر بلا توقف ولكن إذا وجد الشراء النفاذ على المباشر
كما في شراء الفضولي ينفذ شراؤه عليه ولا يتوقف على إجازة الغير
الذي اشترى الفضولي لأجله لأن الفضولي من أهل أن يملك المشترى
ومن أهل أن يجب عليه الثمن أما هاهنا فلم يكن في شراء الصغير
والمجنون الذي يجن ويفيق والعبد لم يجد الشراء نفاذا على المباشر
لعدم الأهلية في الصغير والمجنون أو لوقوع الضرر على المولى
في شراء العبد لأن العبد المحجور ليس من أهل أن يملك المشترى
فلو نفذ الشراء لوقع للمولى فكان الثمن مشروطا على المولى حينئذ
فيكون المحجور متصرفا في حق المولى بغير إذنه فلأجل هذا
توقف العقد على إجازة من له إجازة وهو الولي أو المولى ثم اعلم
أن شراء الفضولي على وجوه ذكرها في العمادي في الصغرى والتتمة
في كتاب البيوع الأول أن أضاف المشتري إليه نصا بأن قال البائع
بعت هذا من فلان وقال الفضولي اشتريت لفلان أو قبلت لفلان
أو لم يقل لفلان فإنه يتوقف والثاني لو قال بعت منك وقال
الفضولي قبلت أو قال اشتريت ونوى به لفلان ينفذ بالاتفاق
على المشتري ولا يتوقف والثالث إذا قال الفضولي اشتريت هذا
لفلان وقال البائع بعت منك اختلف المشايخ فيه والظاهر أنه ذكر
في باب الوكالة بالبيع من وكالة الجامع أنه ينفذ على الفضولي لكن الصحيح أنه يتوقف
بلا خلاف وإنما الرواية التي أحال بها إلى النكاح فالوكيل إذا بعث
من فلان فقال الفضولي اشتريت لأجله أو قبلت لأجله أو لم يقل لأجله

وفي تلك الصورة يتوقف والرابع إذا قال البائع بعت منك هذا لأجل
فلان فقال المشتري اشتريت أو قبلت أو قال المشتري اشتريت هذا
لأجل فلان فقال البائع بعت فإنه لا يتوقف **قوله** وهذه المعاني
الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال هذا لفظ القدوري في
مختصره أي الرق والصغر والجنون توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال
أراد بها الأقوال التي فيها ضرر أما الأقوال التي هي نفع محض فالصبي
فيها كالبالغ فالطفل يصح منه قبول الهبة والإسلام ولا يتوقف
على إذن الولي وكذلك المعتوه لأن حكمه بعد البلوغ كحكم الصبي العاقل
والحاصل أن الصبي العاقل يجعل عبارته فيما هو نفع محض كقبول
الهبة والإسلام عندنا هو معتبر دون النفع فما يصح العبارة
في حق الإعتاق حتى يتصور بها موقوفا على إجازة الولي وفيما
هو ضرر محض كالطلاق والعتاق فاسد العبارة أصلا وحتى
لا يفيد النفاذ وإنما جعلت هذه المعاني الحجر في الأقوال لأن اعتبار
الأقوال بالشرع ولم يعتبر الشرع أقوالهم في حق النفاذ فيما ضرر
لأن القصد وهو إرادة العقد الذي يأتيه شرط لصحة العقد
فالعقد لا يصح بيع الهازل لعدم إرادة الحكم ولا قصد للصبي و
المعتوه صحيحا وللمجنون الذي لا يفيق أصلا وأما الرق فإنما
أوجب الحجر لحق المولى حتى لا يلحقه ضرر فأما إقراره في حق نفسه فيصح
لو أخذ به بعد الحرية ويجيء بيانه بعد هذا بخلاف الأفعال لأن
المعاني المذكورة لا توجب الحجر في حقها حتى يؤاخذ بالأفعال حتى أن
طفل يوم لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يلزمه الضمان وكذلك
المجنون الذي لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان
لأن الأفعال لا تقع على القصد الصحيح لأنها توجد حسا ومشاهدة
ولا إمكان لرد ما هو ثابت حسا بخلاف الأفعال التي تسقط بالشبهة
كالحدود والقصاص فإن الصبي والمجنون لا يؤاخذان بها لأن الحدود والقصاص
عقوبة والصبي والمجنون ليسا من أهل العقوبة فتسقط عنهما
لقصور في فعلهما لعدم القصد الصحيح **قوله** وإلا إذا كان
فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات استثناء من قوله دون الأفعال
أي هذه المعاني لا توجب الحجر في سائر الأفعال إلا في أفعال تندرئ بالشبهات
كالزنا والسرقة وشرب الخمر وقتل نفس معصومة عمدا فإن
الصبي والمجنون لا يؤاخذان بها وعوض المال **قوله** فإن الصبي المحجور

ولا يصح عقودهما ولا اقرارهما اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما اراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بعضها
وهو ما يتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة
الولي والاولى ان يقال ايضا هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل
البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شا اجازه ولا اذا اريد بقوله
والصبي من لا يعقل اصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفيق اصلا فحينئذ
يحسب يجري قوله ولا يصح على ظاهره اعلم ان ما كان منه نفعا محضا صح وما كان
ضررا كالبيع والشرا والاستيجار والاجارة والرهن والارتهان
والاقرار والاستقراض فانه يتوقف على اجازة الولي اذا تصرف الصبي
العاقل او المعتوه وكذلك العبد المحجور اذا تصرف في هذه الاشياء يتوقف
على اجازة المولى حتى يرى الولي اي المولى رايه فيه ان راى النفع
في الاجازة اجاز وان راى النفع في الفسخ فسخ وانما لم ينفذ عقودهما
لنظر لهما وهو المراد بقوله لما بينا واما لم يصح اقرارهما كلاهما
واعتاقهما لان في ذلك ضررا محضا لزوال الملك وكل ما هو ضرر محض
ساقط عنهما روى الترمذي في جامعه عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله و
هذا الذي ذكرنا في الصبي العاقل والمعتوه اما الصبي الذي لا يعقل
فيده ينعقد تصرفه بحال لانه في اقل احواله كالمجنون الذي لا يفيق
فاذا عقل فكالمجنون الذي يجن ويفيق ثم اعلم ان المعتوه البالغ هل
حكمه العباد اذا ام لا فيه اختلاف المشايخ قال القاضي ابو زيد ما له
الى الوجوب مجال الاسلام الى السقوط وقد مر سابقا في فصل الجهل المعترض
على الاهلية في شرحنا للوجيز بالبسط قوله ولا يتوقف للولي على
عدم التوافق اي على عدم مخافة الصغر ولذلك قبل البلوغ
لانه عيب لا يكون للولي ما فيه على ذلك اما علم الموافقة في الصغر
فليس بشيء لان الغالب [illegible] لعدم الشهوة وهو على شرف الزوال
قوله ولا يستبد بمباشرته اي لا يستبد بطلاق الصبي وعتاقه بمباشرة
الولي بخلاف العقود فانها تنفذ بمباشرة الولي وفي هذا التركيب
نوع تسامح اذ هو التركيب ان يقال لا يستبد باجازته لان الطلاق
اذا العتاق والذي باشره الصبي محال ان يباشره الولي ولكن يجوز ان يقال
معناه لا يستبد طلاق امراة الصبي وعتاق عبد الصبي بمباشرة الولي
الطلاق والعتاق قوله وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه اي قال القدوري

قال القاضي [illegible] الامور

في

في مختصره اي ان اتلف الصبي مطلقا سواء كان يعقل او لا يعقل
والمجنون مطلقا سواء كان يجن ويفيق او لا يفيق اصلا شيئا لان
لزمهما ضمان ذلك الشيء لان ضمان المحل اي بحسب عصمة المحل
جبرا للنقصان لا يتوقف على القصد الا ترى ان النائم اذا انقلب
على مال انسان فاتلفه يلزمه الضمان وكذلك الحائط المائل الى الطريق اذا
اشهد على صاحبه ثم لم ينقضه فوقع فاتلف شيئا يلزم ضمانه على صاحب
الحائط ولم يوجد فعل الصبي والمجنون اكثر من عدم القصد ولا اثر
لعدم القصد في عدم وجوب الضمان قوله بخلاف القولي اي الفعل
القولي فانه يتوقف على القصد قوله على ما بيناه اشارة الى قوله بخلاف
الاقوال لان اعتبارها موجوده بالشرع والقصد من شرطه قوله
فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه غير نافذ في حق مولاه اما نفاذه في حق نفسه فلاهليته
لكونه مكلفا ولهذا يجب عليه الصوم والصلوة فيلزمه اقراره كالحر
واما عدم نفاذه في حق مولاه فلانه لو نفذ لا يخلو ذلك من تعلق الدين
برقبته او كسبه وكل ذلك حق المولى فنفاذ قول الانسان على الغير لا يكون
الا بولاية ولا ولاية للعبد على مولاه قوله فان اقر بمال لزمه بعد
الحرية اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ثم لم يلزمه في الحال
وذلك لان المانع من المطالبة في الحال حق المولى وقد زال المانع بعد الحرية
فيؤخذ به هذا في المحجور الذي لم يكن له اذن له ثم حجر وفي يده كسب الاذن
صح اقراره في حق المولى للحال وتمام البيان ما ذكره خواهر زاده
في مبسوطه في كتاب الماذون في باب اقرار العبد المحجور عليه والصبي المعتوه
قال واذا حجر الرجل على عبده الماذون في التجارة فباع بعد ذلك
واشترى او استاجر او اجر بعض متعه او اجر نفسه كان ذلك
باطلا في قولهم جميعا لا يلزم العبد من ذلك قليل ولا كثير لا بعد [illegible]
واستوى [illegible] وهو محجور وهذه النظر فانه سوا كان [illegible]
كسب اذا لم يكن وهذا بالاجماع فاما اذا اقر بالدين او بالعين فهل
يصح اقراره فهذا على وجهين اما ان يكون في يده كسب الاذن
او لم يكن فان لم يكن فانه لا يصح اقراره
للحال حتى لا يواخذ به للحال سواء كان عليه دين او لم يكن عندهم جميعا
اما عند ابي يوسف ومحمد فلانه لا يصح اقراره بعد الحجر وان كان في يده
كسب الاذن فاذا لم يكن في يده كسب الاذن اولى واما على قول ابي حنيفة

فلان اقراره انما يصح للحال بعد الحجر اذا كان في يده كسب الاذن فاذا
لم يكن في يده كسب الاذن لا يصح اقراره لانه زال الاذن وذلك ثم جميعا
ولا بد لصحة اقرار العبد من احدهما فانه اذا كان في يده كسب الاذن
فهو على ثلاثة اوجه اما ان يكون كله فارغا عن دين الاذن او كان كله مشغولا
بدين الاذن او كان بعضه فارغا عن دين الاذن وبعضه مشغولا فان كان
كله مشغولا بدين الاذن فانه لا يصح اقراره في حق الكسب الذي في يده
حتى لا تشارك المقر له بعد الحجر غرماء الاذن في كسب الاذن بل
يكون جميع الكسب لغرماء الاذن لوجود احدهما ان دين الحجر مع دين
الاذن لم يثبتا ثبوتا لانه وجب احدهما في حالة الاطلاق من كل
وجه والاخر وجب حالة الاطلاق من وجه وفي حالة الحجر من وجه
بمنزلة دين الصحة مع دين المرض اذ دين المرض الواجب باقرار المريض
مؤخر عن دين الصحة حتى اذا كان مال المريض كله مشغولا بدين الصحة
لا يصح اقرار المريض فكذا هذا والثاني ان اقرار العبد بعد الحجر
اذا كان في يده كسب الاذن بمنزلة اقرار الوارث على مورثه لان صحة
اقرار العبد للحال باعتبار ما في يده من الكسب عند ابي حنيفة لا باعتبار
انه مكلف حتى لو لم يكن في يده كسب لا يصح اقراره للحال كما ان اقرار الوارث
على مورثه انما صح باعتبار ما في يده من التركة لا من حيث انه مكلف
حتى لو لم يكن في يده شيء من التركة لا يصح اقراره على المورث ثم الوارث
اذا اقر بدين المورث فانه لا يصح اذا لم يترك الميت شيئا وان ترك
فانه يصح اذا كان فارغا عن دين الميت وان كان كله مشغولا بدين الميت
فانه لا يصح فكذلك ههنا وان كان بعض ما في يده فارغا عن دين الاذن
وبعضه مشغولا صح اقراره عند ابي حنيفة بقدر الفارغ عن
دين الاذن على العبارتين جميعا اما على العبارة الاولى فلان دين
الحجر مع دين الاذن بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ثم مال المريض اذا
كان بعضه مشغولا بدين الصحة وبعضه فارغا صح بقدر الفارغ عن دين
الصحة فكذلك ههنا وعلى العبارة الثانية فلان اقراره بعد الحجر
بمنزلة اقرار الوارث على مورثه وبعض تركة الميت مشغول بدينه وبعضه
فارغ فان اقر الوارث على الميت يصح بقدر الفارغ من الدين فكذلك هذا
وعند ابي يوسف ومحمد اقراره بعد الحجر باطل ... من كل ... الكثير المحجور
في الاحوال كلها ... والقياس ما قاله ابو حنيفة ... رحمه الله
هذا كله اذا كان العبد باقيا في ملكه فاما اذا اخرجه عن ملكه بالبيع ...

تمام

فانه لا يصح لانه ... ولا اقراره عندهم جميعا سواء كان في يده كسب
او لم يكن وهذا الذي ذكره القدوري بقوله فان اقر بمال لزمه بعد الحرية
انما هو في العبد المحجور الكبير اما اذا كان صغيرا لا يؤاخذ به بحال
من الاحوال الى هذا اشار خواهرزاده في مبسوطه قوله وان اقر
بحد او قصاص لزمه هذا لفظ القدوري في مختصره قال في
شرح الاقطع وقال زفر لا يصح اقراره اذا كان محجورا عليه وجه
قوله انه لو صح يلزم منه الاتلاف على المولى فلا يصح كما لو اقر
بدين ولنا ان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم لان الآدمي لا
... في مالكيته غير المال الا ان كونه مملوكا باعتبار معنى المالية لا باعتبار
الآدمية والقصاص من خصائص الآدمية ... اقراره بها والدليل على انه مبقى على اصل الحرية ان المولى لا يملك سفك
دمه ولا يصح اقرار المولى بدمه ولان اقرار المحجور بدين انما
لا يصح في حق المولى للتهمة في حق مولاه وليس التهمة في هذا الاقرار لانه
اقر بما يوجب العقوبة على نفسه ... باقراره بالدين
فانه ... المولى ...
في قوله وان اقر بحد او قصاص لزمه ... اذا كان كبيرا اما اذا
كان صغيرا فلا لانه لا اعتبار لقوله لعدم العقل الصحيح قوله
وينفذ طلاقه هذا لفظ القدوري وانما ينفذ طلاق العبد المحجور
اذا كان كبيرا لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي
والمعتوه ... ولقوله عليه السلام لا يملك العبد
والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه مكلف تصرف ... فلم يلزم
منه ابطال حق المولى ... باب
الحجر للفساد ... الحجر بسبب الصغر والرق
والجنون شرع في بيان الحجر بسبب السفه لان الاسباب الاولى سماوية
وسبب الثاني مكتسب ... فكان بالتقديم
اولى ولان الحجر بالاشياء الثلاثة متفق عليه والحجر بالسفه مختلف فيه
فكان تقديم المتفق عليه اولى قوله قال ابو حنيفة لا يحجر على
الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا
مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا انه قال اذا بلغ
غير رشيد لم يسلم ماله اليه حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه

ثم اذا كبر لم يدفع اليه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان
لم يونس منه الرشد وقال ابو يوسف ومحمد يحجر على السفيه ويمنع
من التصرف في ماله فاذا باع لا ينفذ بيعه وان كان فيه مصلحة
اجازه الحاكم الى هنا لفظ القدوري قال الصدر الكبير برهان الدين
الاجل صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن ابي مازه المعروف
بمازه في طريقته المطولة الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه
المبذر لماله في الخير والشر غير جائز عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يجوز ثم انهما اختلفا فيما بينهما في ان السفيه اذا
بلغ يبلغ محجورا او مطلقا قال محمد يبلغ محجورا ولا يحتاج الى حجر القاضي — بلغ م
وقال ابو يوسف يبلغ مطلقا ويحتاج الى حجر القاضي ثم اجمعوا
على انه يمنع عنه المال الى ان يبلغ خمسا وعشرين سنة ثم اختلفوا بعد
ذلك قال ابو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة وقال ابو يوسف
ومحمد يمنع عنه ما دام السفه قائما الى هنا لفظ الطريقة وقال
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وعلى هذا الخلاف الحجر بسبب الافلاس
فالحاصل في قول ابي حنيفة وزفر غير جائز وعلى قول ابي يوسف ومحمد والشافعي
وصورة ذلك ان الرجل اذا ركبته الديون وتخاف ان يستغرق جميع ماله
فيطلب غرماؤه من القاضي ان يحجر عليه حتى لا يصح اقراره ولا تصرفه ولا
تبرعه على غيره فعلى قول ابي حنيفة لا يحجر عليه لا يعمل حجره حتى ينفذ هبته — لو حجر
وصدقته واقراره لغيره في ماله كما كان ينفذ قبل الحجر وعلى قولهم
اذا حجر القاضي عليه بسبب الافلاس يعمل حجره حتى لا يصح هبته وصدقته
واقراره في ماله وبعد الحجر لا ينفذ منه ذلك وكذلك لو طلب الغرماء
من القاضي ان يبيع عليه العروض او العقار بغير رضاه فانه لا يملك ذلك
في قول ابي حنيفة ويكون له عندهما ذلك قال ابو حنيفة لا يرى الحجر على
الحر المكلف لا بسبب الافلاس ولا بسبب التبذير والا على ثلاثة ان كان — ان يحجر
والمفتي يرى الحجر على الثلاثة على المتطبب الجاهل والمكاري المفلس
الماجن فانه يتعدى ضرره الحرفة لا يضر ضررا الا متصلا بالعامة ان — ضرم
المفتي اذا كان جاهلا يفسد الدين على الناس فانه يحل الحرام ويحرم الحلال
واذا كان الطبيب جاهلا يتلف نفوس الناس والمكاري المفلس يغرر
الامر على الناس فانه متى ما تحمولته في المفازة ولم يجد له اخرى
ولا يمكنه شرا اخرى ولا استئجارها يؤدي الى اتلاف اموال الناس
فاما على غير هؤلاء الثلاثة فانه لا يرى الحجر لان ضرره لا يتصل الا بغيره

الى

الى هنا لفظ خواهر زاده وجه قولهما النص والاجماع والمعقول ١٩٧
اما النص فقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا
يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل ووجه الاستدلال
بالآية ان الله تعالى جعل للسفيه وليا عليه فاذا كان على السفيه ولي
كان مولى عليه وكونه مولى عليه دليل انه محجور عليه واما الاجماع
فهو ما روي عن عبد الله بن جعفر انه اشترى دارا بستين الف درهم
فطلب علي من عثمان رضي الله عنهم ان يحجر عليه فشارك الزبير بن
العوام فلما بلغ ذلك عثمان قال كيف احجر على رجل شريكه الزبير بن
العوام وانما علل بهذا لان الزبير كان مشهورا بالحذق في التجارة فلو كان
غبنا لما شاركه الزبير فطلب علي وتعليل عثمان واحتيال عبد الله
بهذه الحيلة دليل على انهم راوا الحجر على الحر ولم ينقل عن غيرهم
خلاف ذلك فكان اجماعا وحديث ابو عبيد في غريب الحديث باسناده الى عمر
انه خطب الناس فقال الا ان الاسيفع اسيفع جهينة رضي من دينه وامانته
ان يقال سبق الحاج فادان معرضا فاصبح قد رين به فمن كان له عليه — الاتم
دين فليغد بالغداة فلنقسم ماله بينهم بالحصص فهذا دليل على
ان عمر رضي الله عنه حجر عليه بسبب الافلاس وباع ماله من غير رضاه قوله فادان
معرضا يعني استدان معرضا وهو الذي يعترض الناس فيستدين ممن
امكنه قال الاصمعي وكل شيء امكنك من عرضه فهو معرض لك
استدان ما يجد ممن وجد واي وجه امكنه ... محض
له غير مبتدئ ولا مبال ما يتبعه رين به اي غلب تعالى رين به
رينا اذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به وقال
ابو عبيد وهذا مثل حديث النبي صلى الله عليه وسلم في معاذ بن جبل انه كان
رجلا سخيا فركبه الدين فخلعه رسول الله صلى الله عليه وسلم من ماله للغرماء
واما المعقول فهو ان هذا شخص منع عنه ماله لاجل التعدي فيجب
ان يحجر عليه قياسا على الصبي وتحقيق الكلام من وجه اخر ان
منع المال يوجب الحجر عن التصرف وتقريره بيانه انه لما منع عنه
المال ينفذ تصرفه فيه عند ذلك المال فاذا باع بعد ذلك يصير بائعا ما
لا يقدر على تسليمه وكذلك اذا وهب كان واهبا لما لا يقدر على
تسليمه فصار تصرفه بعد منع المال بمنزلة بيع الآبق والطير
في الهواء فان المالك اذا باع الآبق لا يجوز فكذلك اذا باع ما منع منه
بسبب منع المال فثبت ان منع المال يوجب الحجر عن التصرف وتقريره ه

أو نقول الدليل الذي أوجب منع المال عنه أوجب الحجر عليه لأن المال
إنما منع عنه نظرا له لأنه إذا لم يمنع ماله عنه يفني ماله
بالمجازفة والإسراف ويبقى عيالا على الناس والشرع أمر بمنع
المال بقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نظرا له فوجب الحجر عليه
نظرا له أيضا لأنه لو لم يحجر عليه يبيع ماله بغبن فاحش فيؤدي ذلك
إلى إتلاف المال ثم نقول الشرع لما منع ماله عنه لا يخلو إما أن يكون
نظرا له وصيانة لماله عن الضياع من يده أو عقوبة له على جنايته
وكيف ما كان لا بد أن يكون معتبرا لهذا الغرض وهذا الغرض لا يحصل
إلا بسلب أهلية التصرف لأنه لو جعل يتمكن من التصرف سوى
يتلف ماله بما منع عن يده فلا يفيد أخذه من الغرض فكان
منع المال دلالة على سلب أهلية التصرف من هذا الوجه
و[illegible] إلى جهة الكتاب والإجماع والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى
بعد ذكر المداينة فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا الآية
والاستدلال أن الله تعالى جوز المداينة مع السفه كما جوز مع الصغر
فهذا يدل على أن السفه لا يوجب الحجر وقوله تعالى فليملل وليه بالعدل
لا يدل على أن السفيه مولى عليه لا محالة لأن بعض المفسرين قالوا المراد
من الولي صاحب الحق فليملل بالعدل من يدعي من عليه الحق لئلا يزيد
على ذلك فإن زاد أو نقص أنكره صاحبه وقال آخرون الولي وصي
الصغير أي ذي الشبهة كذا في شرح التأويلات فيخرج الجواب عن
الاستدلال بهذه الآية وقيل إن أبا حنيفة سئل عن هذه المسألة فاحتج
بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة
من قبل أن يتماسا وذلك لأنه لم يفصل بين الرشيد والسفيه فظاهره
يقتضي أن السفيه متى ظاهر من امرأته وهو واجد للرقبة يلزمه
عتق رقبته وعلى قولهم لا يلزمه وهو خلاف النص وأما الإجماع فهو
أن السفيه إذا طلق أو أعتق أو نكح يصح منه هذه التصرفات
بالاتفاق وكذا إذا أقر على نفسه بالحدود والقصاص صح بالاتفاق
فلو كان يجوز الحجر عليه لم يصح تصرفاته أصلا كالصبي والمجنون فإذا صح إقراره
في النفس وهي الأصل وجب أن يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق
الأولى بدلالة الإجماع وأما المعقول فنقول هذا حر مخاطب فيجب
أن ينفذ تصرفه في خالص حقه على جهة السفه وإن سفه نفس أحد فوجب أن ينفذ
تصرفه ولا يحجر عليه قياسا على المصلح في ماله وعلى الطلاق والعتاق والنكاح

وعلى

وعلى تصرف ينفصل بسفه من الإقرار بالحدود والقصاص وذلك
لأن كونه حرا مخاطبا دليل على كونه مالكا قادرا على التصرف لأن
الخطاب بدلالة اعتبار عقله والعقل دلالة القدرة على التصرفات
وكونه حرا دلالة المالكية وإنما كان القادر على التصرف إذا تصرف في
خالص ملكه على زعم السفيه ينفذ إلا لو قلنا لا ينفذ كان هذا قولا
بخلاف ما يقتضيه الدليل فإن أهلية كلمة دليل الإطلاق ومن ادعى
شيئا بخلاف ما يقتضيه الدليل كان عليه الدليل ولا يلزم الراهن والمريض
لأنه تصرف في خالص ملكه إلا أنه أبطل تصرفه صونا لما يتعلق
بالرهن من حق المرتهن وبمال المريض من حق الغرماء والورثة وليس في
إبقاء الحجر على صاحبه برد التصرف إذا كان تصرفا [illegible] بعد
وقوعه بخلاف ما في قرضه فإنه لم يتعلق حق أحد به والجواب
عن تعلقهم بالآية تقدم آنفا وأما تعلقهم بحديث عبد الله بن جعفر
فنقول إن كان رأى علي هو الحجر على المبذر فقد كان رأي الزبير وعبد الله بن
جعفر خلافه وذلك حيث استقلا بإبطال الحجر فإذن هذه المسألة
وقع الخلاف بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجب التنزيل على قول واحد
منهم بل كان يرجح قول البعض على البعض بالدليل وأما تعلقهم
بحديث معاذ [illegible] فالغالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك برضا
معاذ لأنه لا يخالف رأي رسول الله وكذا بيع عمر رضي الله عنه مال الأسيفع
محمول أن يكون برضاه وهو الغالب فيكون دليل الحجر فلا يبقى للخصم حجة
وقولهم يحجر عليه نظرا له قلنا معنى النظر لا يتحقق لأن فيه
إبطال أهليته وإلحاقه بالبهائم لأن الآدمي إنما يمتاز عن البهائم
بالكلام فإذا لم يعتبر كلامه التحق بالبهائم لا محالة وفيه ضرر فاحش
يعارض النظر والضرر فلم يحصل النظر ويقاس الحجر على منع المال
لا يصح لأن منع المال [illegible] فإنه في التعزير تحقيقا
له لا بسبيل إبطال الأهلية ولهذا قال أبو حنيفة إن منع المال كان
ثابتا بدليل يمتنع إلى خمس وعشرين سنة لأن الغالب أن رشده في هذه المدة وإن
الحجر كونه عقوبة أعلى من منع المال فلا يقاس الأعلى على الأدنى
فلا [illegible] عقوبة على جناية ولا يصح القياس على الصبي لأن الصبي لا يقدر
على النظر لنفسه بنفسه والسفيه يقدر على النظر لنفسه بنفسه لأن السفه لا يمنع
[illegible] فظهر الفرق وقولهم منع المال لا يفيد بدون
الحجر عن التصرف لأنه يتلف بالتصرف ما منع من يده فنقول ذلك

مفيد في الجملة

لان في اتلاف السفيه يكون الحاجة للمغنين واللاعبين وكذلك
دين النجار(؟) لانه يحصل الفساد في جمع المال ثم اعلم ان السفه ما هو
قال الزجاج في تفسيره السفه الخفة في العقل ومن هذا التفصيل
تسفهت الريح الثوب اذا حركته واستخفته وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي السفه الذي هو عليه يثبت الحجر والاسراف
في النفقة وان يتصرف تصرفا لا لغرض او لغرض لا يعده
العقلاء من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين واللعابين
وشراء الحمام الطيارة بثمن كثير والغبن في التجارات من غير محمدة
وحد السفه اصطلاحا خفة تعتري الانسان فتحمله على خلاف العقلاء
مع وجود كمال العقل والعلم وقولنا مع وجود كمال العقل احتراز
عن المجنون والمعتوه وقولنا والعلم احتراز عن النوم والاغماء
وقيل السفه ما لا تكون عاقبته محمودة كذا في التيسير(؟) قوله
والمفتي الماجن ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل وهو (؟)
لان ضررهما عام قال الامام علاء الدين العالم في طريقته المفتي الماجن
هو الذي يعلم الناس الحيل وذلك الجهلة والمجون التي مجن يمجن مجونا
اذا صلب وغلظ ومنه رجل ماجن كانه اخذ من غلظ الوجه وقلة
الحيا وليس بعربي محض والمكاري المفلس هو الذي يتقبل الكراء ويؤاجر
الابل وليس له ظهر يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب قوله
ولا يحجر العاقل على منع جواز تصرفه ولهذا منع عنه المال قوله
ولا على صبي حوا(؟) يمنع قوله اعتبارا بالصبي قوله ويمنع المال ويفيد
جواز تصرفه ثم هو لا يفيد بدون الحجر قوله واذا حجر القاضي
عليه ثم رفع الى قاض اخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه
فتوى وليس بقضاء والدليل ان ما ذكر هنا جواب سؤال ذكروه في طريقة
الخلاف ان يقال سلمنا ان تصرف المحجور بعد حجر القاضي باطل
ان لم يكن الكلام فيما لنا فيه وكلامنا فيما اذا حجر القاضي ثم اطلق القاضي الاخر بعد
بعد الحجر لان قضاء القاضي اذا وقع في فصل مجتهد فيه نفذ قضاؤه
بالاتفاق كما في بيع المدبر والقضاء على الغائب وقسمة الغنائم فينبغي
ان لا ينفذ تصرف السفيه بعد حجر القاضي فاجابوا عنه بجوابين احدهما
ما ذكروا في مسئلة القضاء على الغائب ان نفس القضاء اذا كان مجتهدا فيه
لا ينفذ وهنا كذلك لان نفس القضاء بالحجر على السفيه مجتهد فيه والثاني
ان هذا ليس بقضاء لانه فتوى لكان قضاء هذا القاضي فتوى عنده سواء

سام

بيانه ان القضاء لابد له من خصومة لانه شرع لفصل الخصومات ولابد
للخصومة من الدعوى ولم تكن ولم توجد فلم يكن قضاء بل هو
فتوى لعدم المقضي له والمقضي عليه حتى لو تصرف بعد الحجر
ورفع الامر الى القاضي وراى القاضي الثاني قضاء الاول بالحجر نافذا
وقضى بالحجر ايضا نفذ قضاؤه عندنا ايضا فلو وجد الدعوى
ولا يكون قضى القاضي بالحجر بعد قضاء كما اذا كان للسفيه غريم
فهو يدعي عليه النفقة وان له مالا وهبه من غيره فانكر
السفيه وجوب النفقة عليه لعدم المال فقضى القاضي بالحجر وبطلان الهبة
ينفذ قضاؤه كذا قال علاء الدين العالم قوله ثم عند ابي حنيفة اذا
بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة
لان منعه عنه لرجاء التأديب فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله
وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه الرشد
ولا يجوز تصرفه كذا قال القدوري في مختصره ووجه قولهما ان علة المنع
اتلاف السفه الا ترى الى قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم فيبقى المنع
ما بقيت العلة وهي السفه كالصبا ووجه قول ابي حنيفة ظاهر
قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده
اي منتهى شبابه وقوته جمع شدة كنعمة وانعم او جمع شده
كفلس وافلس او لا واحد له كالآنك وهو الرصاص واختلف
في الاشد قيل ثماني عشرة سنة وقيل عشرون سنة كذا في التيسير وذكر
خواهر زاده في مبسوطه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خمس وعشرون سنة
وبه قال بعض اهل العلم وروي عن مجاهد في قوله تعالى حتى يبلغ اشده
قال ثلاثا وثلاثين سنة واستوى قال اربعين سنة ووجه الاستدلال
بالاية انها اقتضت لا تقربوا مال اليتيم بعد بلوغ الاشد بوجه ما
فكان الحمل على خمس وعشرين سنة اولى لانه اوسط ما قيل وخير الامور
اوساطها وان هذا التقدير منقول عن عمر رضي الله عنه فكان الاخذ
به اولى والمعقول يدل على هذا التقدير ايضا لان الانسان يتناهى
حاله في الكبر بعد خمس وعشرين سنة فانه يصير جدا حينئذ لان فرعه
صار كبيرا والفرع اذا صار كبيرا يتناهى حال الاصل لا محالة فاذا
تناهى حاله في الكبر يكون له الرشد في الغالب ويزول عنه عادة
الصبي فيعتبر رشيدا في حق الحكم وان لم يكن رشيدا في الحقيقة
ولانا علمنا انه يصير جدا في هذا السن لان ادنى ما يحتلم الانسان

الذكر ابن اثنتي عشرة سنة ثم يولد له ولد لستة اشهر ثم يبلغ الولد في اثنتي عشرة سنة
ثم يولد للولد لستة اشهر فكان الرجل جدا في خمس وعشرين سنة
واما الجواب عن قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم قلنا المراد
من السفه هو السفه المطلق الموجود من كل وجه وبعد ما بلغ خمسا
وعشرين سنة لا يسمى سفيها مطلقا لان المرء انما ينشأ قبل بلوغ
خمس وعشرين سنة فان ذلك عنفوان شبابه والمرء ينشأ فيه غالبا
في ذلك الزمان فبعد ما بلغ خمسا وعشرين سنة يقل سفهه فلا يمنع
عنه المال ولا نقول بانه يزول عنه سفهه بل يقل سفهه لان
الرشد لا يخلو عن قليل السفه ايضا والاعتبار للسفه الغالب
فاذا قل السفه لا يسمى سفيها مطلقا فلا نسلم ولان الله تعالى
ذكر الرشد نكرة في قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا والنكرة في موضع الاثبات
تخص فلا تعم فيقتضي رشدا ما لا عموم الرشد فاذا قل السفه يكون
فيه نوع رشد لا محالة فيدفع اليه المال بدلالة الاية وقولهم ان المانع
من دفع المال قبل بلوغ خمس وعشرين سنة هو السفه والسفه [باق]
بعد بلوغ هذه المدة قلنا بعض مشايخنا قالوا ان المنع قبل بلوغ
خمس وعشرين سنة كان لرجاء التأديب والزجر فاذا بلغ هذه المدة ولم ينزجر
فالظاهر انه لا ينزجر فلا فائدة في منع المال بعد ذلك والصحيح ان
المنع كان بطريق النظر فبعد بلوغ هذا المبلغ يقل سفهه فيدفع
قوله ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع
المال عنه اي لاجل ان المنع باعتبار اثر الصبا قال ابو حنيفة
قوله ثم لا يتأتى التفريع على قوله اي على قول ابي حنيفة اراد به التفريع
الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ بيعه وان كان
فيه مصلحة اجازه الحاكم وذلك لان ابا حنيفة لما لم ير الحجر لا ينفذ
بيع السفيه اجازة الحاكم اذ لا وجه لها اذا لم ير الحجر واورد التفريع على ما
لا ينعقد بيع السفيه ولم ينفذ فان اجاز الحاكم نفذ كما في بيع الصبي
العاقل والا فلا وانما قيد بقوله اذا كان في البيع منفعة فان لم يكن
في البيع منفعة بان كان فيه محاباة او لم يكن فيه محاباة الا ان الثمن
هلك في يد المحجور فانه لا يجيزه لانه لا منفعة للمحجور في اجازة هذا
البيع لان المبيع يزول عن ملكه من غير عوض يحصل فيبطل الاجازة
فكان كالصبي اذا باع وفي البيع محاباة او لم يكن فيه محاباة الا ان الثمن
الذي قبضه هلك في يده لا يجيزه القاضي نظرا للمحجور الصبي الاجازة

لانه لو لم يجز لم يبق الا هلاك من المبيع لانه يفسد فاذن المشتري يحصل
له المبيع ومتى اجاز يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن كذا ذكره
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهذا تفريع محمد في كتاب الحجر
الى آخر الكتاب والتفريع على مذهبه قال هو بمنزلة الصبي الذي
لم يبلغ اذا باع انما يتوقف على اجازة الحاكم ويجوز ما لا فلا لان تصرفاته
ليست بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال ان يكون فيها مصلحة فاذا راى
القاضي في نفوذه مصلحة يجيزه والا يرده بمنزلة الصبي الذي يعقل
الا انه يفارقه في خصال اربعة لا يجوز لوصيه ولا لابيه ان يبيع
عليه ماله ولا يشتري له الا بامر الحاكم والذي لم يبلغ يملك وصيه وابوه
وهذا عندنا فقال الان معنى ملك عليه وليه التصرف لان الولاية للقريب
فانا لم يكن للقاضي فتحول ان الولاية تثبت على العاجز وهذا قادر
ولكن حجر لمنع من التصرف دفعا للضرر عنه ولا نزال الادب
يكون للقضاة والخصلة الثانية اذا اعتق عبدا جاز عتقه ويسعى في قيمته
وكذلك لو دبر يصح تدبيره ولو مات فعليه السعي في قيمته مدبرا واعتاق
الذي لم يبلغ لا يصح اصلا لعدم اهليته والخصلة الثالثة ان وصايا
الغلام الذي قد بلغ مفسدا من التدبير وغيره باطل قياسا ولكنا
نستحسن ان ما وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى وما يكون في
وجه العتق جائز كما يجوز في غيره وما يكون سفها لا يجوز
واما وصايا الذي لم يبلغ لا يجوز اصلا لانعدام ذلك لعدم اهليته
وفسادها هذا السفه فما وافق الحق لا يوصف بالسفه فينفذ وما خالف
يرد والخصلة الرابعة اذا جاءت جاريته بولد فادعاه تثبت نسبه
وكانت الجارية ام ولد له فان ماتت كانت حرة لا سبيل عليها لاحد والذي
لم يبلغ لا يثبت من اهلاده كذا ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي واما شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر في مبسوطه من جملة
الخصال الاربع النكاح والطلاق فقال يجوز نكاح السفيه ولا يجوز
نكاح الصبي العاقل ويجوز طلاق السفيه ولا يجوز طلاق الصبي
العاقل ولم يذكر الوصايا والاستيلاد فعلى هذا يكون الخصال
التي يفترق فيها السفيه والصبي ستة **قوله** ولو باع قبل حجر
القاضي جاز عند ابي يوسف ذكرها تفريعا على مسألة العراقي
قال الامام الاسبيجابي ثم عند محمد يصير محجورا بدون القضاء لان علة الحجر
السفه

وهي من نفقته وقال ابو يوسف يسعى على القضاء لانه يبين سفهه ورشده
لانه لا يكابر في جميع الاحوال وللحجر حال ازدين حال يسعى على انضمام
القضاء اليه والفرق لمحمد بين حجر السفه حيث لا يسعى الى قضاء القاضي
وبين حجر المديون حيث يسعى الى قضاء القاضي هو ان حجر السفيه
لمعنى فيه وهو سوء اختياره لاحوال الغير فاشبه الجنون وحجر
السفيه لحق الغير ولا يسعى على القضاء فكذا هنا واما الحجر لمعنى فيه بل
لحق الغير فما حجر به ملك حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضي
لان له ولاية عليه فيعمل حجره قوله وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا
ثم صار سفيها يعني عند محمد يحجر بمجرد السفه وعند ابي يوسف لا يحجر
ما لم يقض القاضي قوله وان اعتق عبدا يسعى في قيمته هذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه وكان على العبد ان يسعى في قيمته
وانما حصر صاحب الهداية قول ابي يوسف ومحمد لانه فرع على اصلهما الذي
اصلا في جسعه لان عند ابي حنيفة اعتاق السفيه كاعتاق المصلح لا سعاية
على العبد عنده لان الحجر على السفيه الحكيم باطل عنده وانما السعاية
عندهما فلاجل هذا قال ينفذ عتقه عندهما وكان على العبدان
ان يسعى في قيمته ويكون السعاية كلها عندهما ظاهر الرواية عنهما كذا ذكر
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم قال وذكر الطحاوي عن محمد
الرجوع عن ذلك فقال ان العبد يعتق من غير سعاية ثم قال وهذا ظاهر
وجه ظاهر الرواية ان السعاية تلزم لتعلق حق الغير بمال المعتق
ولا حق لاحد في مال السفيه على طريق النظر وجه الرواية
الاصول عنهما ان العتق على ملكه وانما منع من التصرف لشرف
حق الغير فيه فان اعتق نفذ عتقه ووجب السعاية كالمرتهن اذا اعتق
عبدا الا ما له غيره او لا يخرج من ثلثه وكالراهن اذا اعتق وهو معسر
كذا في شرح الاقطع وعندهما لو طاهر هذا المفسد من امرأته
اجزأه الصوم لانه بمنزلة الفاقد للمال ولو اعتق عبدا عن ظهاره
سعى الغلام في جميع قيمته لان اعتاق المحجور بمنزلة الاتلاف
ماله ولا يجب المفسد لا يجزيه عن ظهاره لانه يكون اعتاق
بعوض وكذلك فعلية لكفارة القتل بالصوم لما قلنا الا ترى ان
المريض المصلح لو اعتق عبده عن ظهاره او عن قتل ولا مال له غيره
ثم مات من مرضه سعى الغلام في ثلثي قيمته ولم يجزئه عن الكفارة

للسعاد

للسعاية الى وجب كذا هنا فانه لما صام المفسد احد الشهرين ثم صار
مصلحا لم يجزئه الا العتق بمنزلة معسر ايسر لانه لا يمنع عنه المال لما صار
بصاحبه قادرا على الاعتاق بلا سعاية قبل حصول المقصود بالخلف
خلفا في الكفارة فيبطل حكم الخلف كذا في شرح الكافي قوله
لا على نهج كلام العقلاء والنهج الطريق الواضح مثل المنهاج
قوله ولا يصل عنده الى قوله الا بعد الحجر قوله
ولو دبر عبده جاز ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وذكر لان
التدبير يوجب حق العتق لا حقيقة العتق فاذا كان السفيه لا يعتق
عبده كان له ان يدبره فالطريق الاولى قال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ولو دبر صح ولكن لا يحكم عليه السعاية لانه لا يمكنه ايجاب السعاية
على عبده له لعدم الفائدة لانه لو سعى له يبيع او من السعاية يعتبر له
ولكن لو مات يوما من الدهر يسعى في قيمته مدبرا لورثته لانه صار
معتقا اياه وهو مدبر الكلام الثاني وكذلك ان عتقه بعد التدبير
قوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه وكان
الولد حرا والجارية ام ولد له ذكره ايضا تفريعا على مسئلة القدوري
قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فان قيل ان هذا الذي بلغ
وهو مفسد جاءت جاريته بولد فادعاه وزعم انه ابنه صحت دعوته
وثبت نسبه وكان الولد حرا من غير سعاية فاما صح دعوته لانه
يصح عتقه فيصح دعوته قياسا على المصلح لما قلنا بل اولى لان الدعوة
اسرع نفاذا من العتق الا ترى انهم قالوا فيمن باع جاريته من رجل فجاءت
بولد لاقل من ستة اشهر فادعاه البائع فانه تصح دعوته ولو اعتق
ولدها لا تصح عتقه واذا صحت دعوته كان الولد حرا من غير سعاية
والام تعتق بموته من غير سعاية لان العلوق كان في ملكه وانفصال
العلوق جعل بمنزلة الشهادة فيما يؤدي الى ابطال حق الغير كما في
مسئلة البائع والمريض بمنزلة الاقرار فيما يؤدي الى ابطال
حقه اولى فهي ان لم يكن العلوق في ملكه لم يجعل بمنزلة الشهادة
فيما يؤدي الى ابطال حق الغير وجعل بمنزلة المعسر علمنا فيما يؤدي
الى ابطال حقه جعل بمنزلة المدبر فالاستيلاد من حوائج
السفيه لا بد له منه وذلك كالنفقة وما كان من حوائجه لسفيه
والمصلح في ذلك سواء كالنفقة والدليل على ان الاستيلاد من جملة
الحوائج الحاجة الى بقاء النسل فانها قالوا في المريض مرض الموت اذا كان على الدين
مستغرق

فادعى الولد ربه كان له ان كان علوق الولد في ملكه صح دعوته
ويثبت نسب الولد حرا من غير سعاية وتصير الجارية ام ولد له من غير سعاية
لان الدعوة دعوة استيلاد فكانت من حوائجه وحق الغرماء والورثة
لا يتعلق بما كان من حوائجه الحالي واذا لم يتعلق حق الغرماء والورثة بما كان
من حوائجه كان المريض في ذلك والصحيح سوا دليله لو لم يكن علوق الولد
في ملكه بان اشترى جارية في السوق ثم جاءت الجارية بالولد فادعاه المريض
فانه يثبت نسب الولد ويكون الولد حرا بالسعاية والجارية تسعى في جميع قيمتها
بالسعاية لان الدعوة حينئذ دعوة تحرير فيحل الدعوة منه محل الاعتاق وسواء
علوا علوق الولد والجارية كان عليهما السعاية فكذا هاهنا قال ولو كان
له جارية لا يعلم لها ولد فقال هذه ام ولدي كان بمنزلة ام ولده
لا يقدر على بيعها فان مات سعت في جميع قيمتها لانه متى لم يكن معها
ولد فالدعوة دعوة تحرير لانا لا نعلم بعلوق الولد في ملكه الا ترى
ان البائع اذا ادعى بعدما مات الولد او اعتق الولد فانه لا تصح
دعوته وانما تعتبر دعوة تحرير منه بدون الولد فاذا اعتبر تحريرا
صار كانه قال للجارية انت حرة بعد موتي ولو قال لها انت حرة بعد
موتي كان لا يقدر على بيعها فاذا مات عتقت بالسعاية فكذلك هاهنا
قال الا ترى انه لو اشترى جارية او ابنه وهو مريض فقبض ثم
شراه فاسدا ويعتق الغلام عليه حين قبضه ويسعى في قيمته للبائع
ولا يكون للبائع في مال المشتري شيء قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وهذا اشكل على قولهما لان شرى السفيه ليس بمنعقد
في حكم الملك فكيف يعتق عليه ولو انعقد في حق الحكم يعتق عليه
ينبغي ان لا يكون للبائع شيء للبائع عليه ثم قال علماؤنا
انه يعتق من [illegible] لا [illegible] ان [illegible] الفرس
اعتاق عندنا فاعتاق السفيه صحيح من وجه لوجوب السعاية
[illegible] القاضي فحصل بيعه على الفساد [illegible]
عليه بخروجه من [illegible] التي [illegible] او نقول بان تصرف
السفيه في [illegible] واقع لنفسه [illegible]
الملك وواقع للغرماء [illegible] لا يكون الا بحجر
عليه من هذا الوجه وصار كالوكيل [illegible] فلهذا يعتق بالسعاية
عليه للبائع [illegible] هذا بالمريض لو وهب له ابنه المعروف او [illegible]
غلام في مرضه فادعى انه ابنه ثم مات وعليهم دين لا احاطة [illegible]
سعى

سعى الغلام في قيمته للغرماء يستدل بهذا انه بمنزلة الاعتاق وعند
ابي يوسف ومحمد اعتاق المريض في مرض الموت يعتق عليه وحكمه هذا قوله
فهو على هذا التفصيل اي ادعى المريض ولد جاريته على التفصيل
الذي ذكرنا فان كان علوق الولد في ملكه كان دعوة استيلاد لشهادة
الولد والا يكون دعوة تحرير لعدم شهادة الولد وقد مر البيان
قوله قال وان تزوج امراة جاز نكاحه اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها و
بطل الفضل وهذا على مذهبهما لان عند ابي حنيفة لا يكون السفيه
النضر — محجورا عليه في التصرف المطلق فلا يبطل الفضل اعلم ان الغلام الذي بلغ
مفسدا اذا تزوج امراة جاز نكاحه ويبطل الفضل عن مهر مثلها
ويكون مهرها مقدار مهر مثلها وذلك لان النكاح تصرف لا يؤثر فيه الهزل
فيكون السفيه والمصلح فيه سوا وذلك [illegible] في انعقاد النكاح فلا يرد
عليه وانما السفه في الزيادة على مهر المثل [illegible] لان الزيادة
عليه ايجاب بغير عوض فيكون بمنزلة التبرع فلا يصح منه كالمريض
اذا تزوج امراة صح نكاحه بمهر المثل حتى حاصت المراة الغرماء
في ذلك وان كان اكثر من مهر المثل فانه يحاص الزيادة فيه حتى يحاص
فكذا هاهنا ولو طلقها قبل الدخول وجب لها نصفه في ماله لان
التسمية ليست باطلة اصلا وانما بطل تسمية ما زاد على مهر
المثل قال الحاكم الشهيد في مختصره ولو تكلف تزوج اربع نسوة وكذلك
لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي والاصح انه يبطل مذهبهما فانه لا يتعدى هذا في
تصور السفه فانه من هذا الوجه ومع ذلك حجروا عليه ثم قال لكنهما
يقولان السفه ليس بمتناول لهذا التصرف لان السفه انما يثبت فيما
يحصل له نوع عوض صحيحا كان او فاسدا ولهذا الطلاق قبل
الدخول على وجه لا يحصل له [illegible] واحد بعوض وبعد الدخول
ان كان عوضا لكنه محصول لا يقصد به المال ورده [illegible]
والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب [illegible] لا يمكن رده
تصرف السفيه لا طريق رده ان يلحقه بالهازل والهازل والجاد
في هذا سوا ولو حلف بالله او نذر نذرا من هدي او صدقة لم ينفذ نذره
له الا فيما [illegible] ان ذلك يؤدي الى [illegible] لان الاتلاف فلا يعتبر
الحجر فيما [illegible] وان حنث في يمينه لم يصح ولم يطعم ولم يكسو لانه لو [illegible]
[illegible]

كل يوم وكل شهر بنفقة تمكنه من افساد ماله ولكن يصوم عن كل
يمين ثلاثة ايام متتابعات لانه كالغائب عن ماله حيث حجر منه
ومنع تسليم النفقة كالذي منع من ماله لسبب الغيبة وكالذي غصب
منه ماله ولم يجد قوله قال ويخرج الزكوة من مال السفيه اي مال
المحجور عليه بحجر السفه وكذا صدقة الفطر وينفق على اولاده وزوجته
وعلى من تجب نفقته من ذوي الارحام قاله شيخ الاسلام وهذا الذي
ذكره ظاهر على قول ابي حنيفة لانه لم يجز الحجر عليه وهو حجب عليه الزكوة
والنفقة فيخرج من ماله وعلى قولهما هو محجور عليه في جميع التصرفات
الا ان ما يجب عليه من الحقوق يخرجها من يلي عليه فلا يسقط
حقوقهم بسفهه ثم اعلم ان الذي ذكر قبيل هذا في التصرفات التي يوجبها
المحجور على نفسه اما ما اوجب الله تعالى عليه من الزكوة والحج وغير ذلك
فالسفيه والمصلح في ذلك سواء لانه لا فساد فيما اوجبه الله تعالى عليه فالله تعالى
لا يحب الفساد ولا يرضى به انما الفساد فيما يوجبه على نفسه فاذا كان كذلك
ففيما يوجبه الله تعالى فاذا كان هو في ذلك والمصلح سواء ينبغي للحاكم
ان ينفذ له في ماله ما اوجب الله تعالى عليه الا انه لا يدفع قدر
الزكوة الى السفيه حتى يؤدي بنفسه لانه ربما ينفق ذلك ولا يصرفه
الى الفقراء ولكن يدفع الى امينه ثم يأمره المحجور بان يصرفه الى
الفقراء لان الزكوة لا تتأدى من غير نية بخلاف نفقة المحارم فانه يعطي
امينه ولا يحتاج الى امر من جهة السفيه لان دفع نفقة المحارم يتأدى
من غير نية ثم لا يصدق السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلا
الا في اربعة اشياء الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة
لان السفيه والمصلح في حق النسب سواء والمصلح انما يصدق في اقراره
بالنسب الا في الاربعة التي ذكرتها لانه اقرار على نفسه فاما فيما عدا ذلك
فلا يصدق لانه تحميل النسب على الغير فكذا ههنا وان كان المحجور
امرأة فانها تصدق في ثلاثة اشياء بالوالد والزوج ومولى العتاقة
ولا تصدق في الولد لانها تحمل النسب على غيرها في الولد وهي
والمصلحة في ذلك سواء ثم اذا صح اقراره في هؤلاء ان يثبت غير
هؤلاء بالبينة فانه يجب النفقة في ماله وان لم يثبت غير هؤلاء بالبينة
ولكن السفيه اقر بغيرهم فانه لا يجب النفقة وكذا لان نفقة
الاقارب انما تجب بالقرابة والقرابة بسببها لا تستحق الى احد
ثبوتا ومتى كان القرابة ثابتة فاذا ثبت النسب يكون مقرا

بالنسب

١٠٣

بالنسب لا بالمال على نفسه واقراره بالنسب جائز فاذا اقر بالغير
بعد النسب تكون وجوب النفقة مضافا الى الغير واذا كان مضافا
اليه تكون مقرا بالمال على نفسه لا بالنسب فلا يصدق
وكذلك ان اقر للمرأة بنفقة ما مضى لم يصدق الا ببينة لان
نفقة المرأة لا تصير دينا فيما مضى الا بقضاء او رضا ولم يعرف
ذلك الا بقوله فيصير مقرا بالدين على نفسه فلا يصدق
الا ان تقوم على ذلك بينة لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت
معاينة كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قوله
وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال اي
هذا الذي ذكره المص من اخراج الزكوة من مال السفيه والانفاق
منه على اولاده وزوجته بخلاف ما اذا حلف السفيه او نذر
او ظاهر فحنث في يمينه لا يلزمه كفارة اليمين ولا كفارة الظهار
بالمال بل يجزئه الصوم لانه كالغائب عن ماله فيما يوجبه على
نفسه بسببه فلو اوجبنا عليه التكفير بالمال لا ينفتح عليه طريق
التبذير فيبذر ماله وليس كذلك ما يجب عليه بغير فعله لانه
لا فساد في ذلك على ما قلنا قوله فان اراد حجة الاسلام لم
يمنع منها اي من المحجور عليه بحجر وتمامه فيه ولا يسلم القاضي
النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج
قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فان اراد ان يحج حجة
الاسلام لم يمنع من ذلك لان حجة الاسلام انما وجبت عليه بايجاب
الله تعالى لا بايجابه وما وجب بايجاب الله تعالى فالسفيه
في ذلك والمصلح بمنزلة سواء ثم المصلح لا يمنع من حجة الاسلام فكذلك
هذا ولكن لا تدفع النفقة اليه لانه متى دفع اليه ربما يصرفها
ويبذرها ويقول ضاع مني فاعطني مرة اخرى ثم وثم حتى
ياتي على ماله ولكن يدفع الى ثقة يريد الخروج الى مكة ينفق
عليه فالنفقة في الطريق كالراحلة والنفقة وهدية ان كان
قارنا وهذا كما قال في زكوة المال انه يجب على السفيه الا ان الحاكم
لا يعطيه الزكوة حتى يؤدي بنفسه كيلا ينفق ذلك ويقول ضاع
مني فاعطني اخرى ثم وثم حتى ياتي على ماله ولكن يدفع الى امينه حتى
يعطي الفقراء بامره فكذلك هذا وان اراد عمرة واحدة لم يمنع منها
ايضا وذكر لان العلماء اختلفوا في العمرة منهم من يقول بانها فريضة

لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله ومنهم من يقول بأنها تطوع فما وجبت عليه ذلك
احتياطا لأنه إن أدى عمرة ليست عليه أولى من أن يترك عمرة عليه قال شيخ الإسلام
خواهر زاده في مبسوطه قالوا ولا يوجد في كتب أصحابنا نص بأن العمرة
تطوع عندنا إلا في رواية هذا الكتاب أي كتاب الحجر فإنه قال وإن
كنا نرى العمرة تطوعا وإن أراد أن يقرن حجة وعمرة لم يمنع من ذلك لأنه
لما لم يمنع من أن يفرد بالعمرة في سفره على حدة فلأن لا يمنع من أن يأتي بها
في سفر الحج والنفقة تقلل أولى وإن لم يكن ممنوعا من القران والمتعة
إذا قرن أو تمتع كان عليه الهدي لأن الهدي وجب بسبب المتعة
والقران إلا أنه لا يدفع الهدي إليه كيلا يستهلكه ويقول ضاع فيعطي
آخر ثم وثم إلى أن يأتي على جميع ماله ولكن يدفع إلى أمين ينفقه يريد الوصي
إلى مكة حتى يذبح عنه بأمره إذا كان أراد الذبح فإن أراد أن يسوق
بدنة لمتعته فإنه لا يمنع من ذلك وإن كانت الشاة تجزئه وذكر أن الأولى
عمر يقول الهدي بدنة وأنها تقربه أو جزور وعند أبي ... الشاة تجزئه
فالزيادة على قدر الشاة إلى تمام البدنة اختلفوا في وجوبها فمنهم من أوجب
ذلك على القارن والمتمتع ومنهم من لم يوجب قال وعندنا عليه ذلك احتياطا
كما أوجبت العمرة قال وقيل الكبير أنه شرع لهدي المتعة والقران
بدل وهو الصوم فإنه تعالى قال فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي
فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم وما كان حقا ماليا
شرع له بدل وهو الصوم فإن السفيه يؤدي ذلك بالصوم إلا أن
ما ليس إنما يؤدي الواجب المالي بالصوم الذي شرع بدلا عنه إذا كان واجب
وجب بسبب من جهته فأما إذا وجب بإيجاب الله تعالى فهو والمصلح في ذلك سواء
وهدي المتعة والقران وجب بإيجاب الله تعالى لا أنه وجب بسبب الجمع بين
الحجة والعمرة والحج والعمرة يلتحقان بإيجاب الله تعالى فيكون هو في
ذلك والمصلح سواء والمصلح إذا كان قادرا على الهدي لا يجزيه الصوم
فكذلك هذا بخلاف كفارة الظهار واليمين لأنها وجبت بسبب من جهته
وهو الظهار واليمين لا بإيجاب الله تعالى فلو مكناه من أن يكفر بالمال
بعد ماله ولا ينفذ الحجر ... فلهذا أمرنا أن يكفر بالصوم فإن هو
أحرم بالحج أو قرن حجة وعمرة ثم ارتكب شيئا من محظورات إحرامه بأن قتل صيدا
أو حلق رأسه وما أشبه ذلك فإنه ينظر فإن كان شيئا شرع له بدل
من جنس الصوم كقتل الصيد وحلق الرأس من أذى فإنه لا يكفر بالمال لأنه
لو مكن من ذلك بالكفارة وجبت من جهته يتوصل بذلك إلى إتلاف ماله بأن يرتكب
هذا

هذا المحظور كل يوم وإنما يكفر بالصوم كما في كفارة اليمين والظهار
وإن كان شيئا لا بدل له من جنس الصوم كما لو تطيب متعمدا أو حلق متعمدا أو جامع
بعد الوقوف بعرفة فإنه يتأخر إلى أن يصلح وذكر لأن السفيه وهو
محجور عليه عما فيه إتلاف ماله بمنزلة العبد ثم العبد إذا أحرم
بإذن المولى ثم ارتكب شيئا من محظورات إحرامه فإن كان شيئا شرع
له بدل بالصوم فإنه يصوم وإن لم يكن له بدل فإنه يتأخر إلى أن
يعتق العبد كذلك هذا وفي الجماع بعد الوقوف يلزمه الجزور ويتأخر
ذلك إلى ما بعد الصلاح لأنه وجب بسبب من جهته وهو جماعه
وهو في ذلك غير مضطر ولا مدخل للصوم فيلزمه ذلك لكن يتأخر
ذلك إلى ما بعد الصلاح لأنه لو أطلق له ذلك جامع كل يوم مرة
فيتوصل بذلك إلى إتلاف ماله فإن جامع قبل الوقوف بعرفة لم يمنع
من نفقة المضي في إحرامه ولا نفقة العود من قابل للقضاء
لأنه فرض عليه كأصل حجة الإسلام ولا أنه يمنع من الدم للكفارة لأنه
مقصر في هذا الحكم ولو أن هذا المحجور عليه قضى حجه كله إلا
طواف الزيارة ثم رجع إلى أهله ولم يطف طواف الصدر فإنه تطلق
له نفقة الرجوع إلى الطواف ويصنع فيه مثل ما يصنع في ابتداء
الحج يوم الذي يلي النفقة عليه إذا بقي عليه راجعا حتى يطوف
بالبيت لأن الرجوع عليه فرض للطواف ولو طاف جنبا ثم رجع إلى
أهله لم تطلق له نفقة الرجوع لأنه قد خرج من الحج وإنما بقي
عليه بدنة لطواف الزيارة جنبا وشاة لترك طواف الصدر فيؤديه
إذا صلح وإن أحصر في حجة الإسلام بعث بالذي أعطاه القاضي لنفقته
أن يبعث بهدي عنه حتى يحل لأنه لا نفع فيه باختياره فكان بالرشيد
والسفيه فيه سواء والباقي يعلم في شرح الكافي. هذا تمام القدوري
يقول فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنه يمنع من حجة التطوع
لأنه لا يؤدي إلى ما قال محمد في الأصل فإن أهل بحجة تطوعا أو بعمرة
تطوعا لا ينفق الحاكم أن ينفق عليه حتى يقضي حجته لأن الحاكم لو
أنفق عليه في هذا لجاز أن يحج كل سنة بحجة وفي كل شهر بعمرة فيتوصل
بذلك إلى إتلاف ماله قوله فإن مرض ما دام وهو يوصي بأن في
القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه هذا لفظ القدوري في مختصره
قبيل القربة ما يتقرب به إلى الله تعالى بواسطة كبناء المساجد والسقايات
والربط وذكر ... وأبواب الخير عام يتناول القربة وغيرها وهذا أمثلة.

مع الضمان يعني ان الكفالة جائز والضمان جائز وذكر لان السفيه المبذر
انما منع من ماله صيانة على مذهبهما لئلا يبذر ماله فلا يسلف فيما في الكفالة
مرض الموت فلكذا هو لانه لا يقصد بذلك السفه بل يقصد التقرب
الى الله تعالى فيصح من الثلث لزوال التهمة في تصرفه وقد ذكرنا قبل
هذا عند قوله ثم لا فائدة في التفريع على قوله ان اصحابنا العلام الذي قد
بلغ مفسدا من التبذير وغيره ما يحل فيها وكل يتخصص ان ما وافق الحق
منها وما يتقرب به الى الله تعالى وربما يكون في غير وجوه الخير
فلذلك كان يكون وصيته غيره قوله ولا يحجر على الفاسق اذا كان
مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء اي قال القدوري
في مختصره اعلم ان الانسان اذا بلغ عاقلا مصلحا لماله فانه لا يحجر عليه
وان كان فاسقا في دينه ولا يحجر عليه عندنا وعند الشافعي يحجر عليه
... لا يدفع اليه ماله ويحجر عليه وجه قوله ان الفاسق من السفهاء
فلا تؤتى اليه امواله لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم
وبقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم والفاسق غير رشيد
ولان الفاسق غير مأمون في حفظ ماله فربما يتبع شهوته وهواه ويتلفه
فانه يحجر عليه نظرا له كالمبذر لماله عندنا ولنا قوله تعالى فان آنستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وجه الاستدلال انه تعالى ذكر
الرشد نكرة والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فمراده رشد واحد
وقد وجد ذلك وهو الصلاح في المال لا الشرط الصلاح في الدين والمال جميعا
لانه يلحقه المراد جنسه من الرشد المنكر في موضع الاثبات رشد من
ولا يكون ذلك بعموم دليل العموم وقال الزجاج في تفسيره وحقيقة الرشد
والسفه ... التي يتقطون معها بانهم يحفظون اموالهم ولا يتلف فيصلح
ماله ولا يعلم شيئا منه فلا يمنع من تسليم ماله اليه كالكفر ولا يحجر عليه لقوله
تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لانه قال اموالكم ولم يقل اموالهم وهكذا روي
عن ابن عباس وهو ... في مبسوطه تفسير الكرخي قال قال ابن عباس
معنى الآية ان لا تسلم الرجل ماله الى من ولده وعياله فيصير عيالا عليهم
وهم عياله والآية نهي عن مثل هذا وقوله الفاسق غير مأمون
في حفظ ماله قلنا الفاسق حافظ لماله للحال واتلافه متوهم منه في الحال
في الثاني لشهوة يعترض له وقد يعترض له وقد لا يعترض له ولا عبرة للموهوم
وانما العبرة للمتحقق قوله اي ان الفاسق من اهل الولاية
عندنا لانه مسلم فيكون من اهل النظر وعند الشافعي لا، فيما تعلم اي فجورنا
ان

اي فجورنا ان الفاسق من اهل الولاية في اول كتاب النكاح واشار اليه بقوله
ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه انما يحرم
الولاية عن نفسه لا للاسلام ولا يحرم عن غيره لانه من جنسه ولان
صح مقلدا نصلح مقلدا وكذا شاهدا قوله ويحجر القاضي عندهما
ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
يعني ان القاضي يحجر ايضا عند ابي يوسف ومحمد على السفيه والذي يسلم
المغفل ليس له اهتداء في التجارات فلا يصبر عن الشراء والبيع فيغبن
فيما ما شرعه كما يحجر السفيه لئلا يتلف اياه في الامامة يبطل اليه
فصل في حد البلوغ لما كان الصغر من جملة الاسباب الموجبة للحجر
ناسب ذكر البلوغ الذي ينتهي به الضعف قوله قال بلوغ الغلام
بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني
عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل
فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا اي قال
القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في باب الفتيا من مختصر الكافي
ولا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم فهو بمنزلة الرجل قال ابو الفضل وذكر
هذه المسئلة في كتاب الوكالة من رواية ابي سليمان في موضعين قال
في احدهما بلوغ الغلام ان يكمل له تسع عشرة سنة وبلوغ الجارية
ان يكمل لها سبع عشرة سنة وقال في الموضع الاخر ان الطعن في الثامن عشر
ويطعن الجارية في السابع عشر وهذا هو المشهور في قوله وروحنيت
القول على هذا مستقصا في كتاب الوكالة من رواية ابي حفص
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الغلام والجارية خمس عشرة سنة
فاذا تمت جاز طلاقه وان لم يحتلم الى هنا لفظ الحاكم الشهيد محمد
ابي الفضل وذكر الطحاوي في شرح الآثار في كتاب السير وكان محمد بن الحسن
يذهب في الغلام الى قول ابي يوسف وفي الجارية الى قول ابي حنيفة
وقال القدوري في باب من يجوز الامامة من شرح مختصر الكرخي وروي
عن محمد انه قال في الرقية في الغلام خمس عشرة وفي الجارية سبع عشرة
وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى قول ابي يوسف ومحمد فانه في
الجارية والغلام يقدر بخمس عشرة سنة ثم الاصل في البلوغ الانزال لقوله
قوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا فظاهر الآية يقتضي
تعليق الحكم بالاحتلام وكذا قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث

عن الصبي حتى يحتلم فلما كان الحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال
جعلا علامة على البلوغ وكذلك الحيض لا يكون حيض مع حبل وذلك
يكون بعد الإنزال فأما المدة في حد الغلام ثماني عشرة سنة وفي
الجارية سبع عشرة سنين وأما الدلالة على البلوغ بالسن فالأصل فيه أن الإنسان
قد ثبت اختلافه لعلمه مع علمنا أنه بالغ فجعلوا علامة ذكر فيه أبي
السن على حسب ما أدى إليه الاجتهاد ووجه قولهما ما حدث الطحاوي ذكره
في شرح الآثار بإسناده إلى نافع عن ابن عمر قال عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم
يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في المقاتلة وعرضت عليه يوم الخندق
وأنا ابن خمس عشرة فأجازني في المقاتلة والمعنى فيه أن الذكر دالالي الإمام ... ما حاذى
بلوغها عن هذه السن ظاهراً وغالباً والحكم يبنى على الظاهر لا على النادر
ووجه قول أبي حنيفة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما صبي حج
عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الإسلام فأنه أراد في سن لكن أن يحج الصبي
عشرا بنفسه بسبع سنين أو نحو منها بسنين علم أن البلوغ يكون بما في عشرة سنة
أو تسع عشرة سنة لأنه أن يمكنه عشر حجج ثم البلوغ أو يقول صفة الصغر سبع
فيها معلوم بنفس وزوال الصغر لا يثبت إلا بيقين ولا يقين في موضع
الاختلاف ثم أدلى حدا للبلوغ في الغلام فالعلامة أعني
بعلامة الإنزال ابتداء عشرة سنة ولم يوجد العلامة فيه توجب زيادة
على ذلك بسبع سنين فيما يأتي الأمر على ما أشار إليه رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال اجروه بالصلوة لسبع واضربوه عليها لعشر وأطلقوا في
تفسير الأشد في قوله تعالى وكذا بلغوا فإذا بلغ الأشد هي ثماني عشرة سنة أنه
قال سعيد بن جبير ما في عشرة سنة ذكره الطحاوي في شرح الآثار
عن أبي الفرج بن محمد بن عبد الله بن بكير عن عبد الله بن
لهيعة عن عطاء بن دينار عن سعيد بن جبير قال ثماني عشرة سنة في قوله
في سورة بني إسرائيل ولا حجة لهما في حديث ابن عمر لأنه يحتمل أن النبي صلى الله
عليه وسلم رده لأنه لم يقو بعد ولم يبلغ حد القتال لأنه لم يبلغ يبلغ
الرجال وأجازه وهو ابن خمس عشرة سنة لما رأى من جلده وقوته
لأنه بلغ مبلغ الرجال بعد الاعتبار أنه يقرم لعدم الجلد والقوة
المراهق يجاز إذا كان ضعيفا لكن إذا قال العدوي في شرح مذكور على
هذا ما حدث الطحاوي في شرح الآثار عن أحمد بن حبيب دالي
عن محمد بن يحيى الطباع عن هشيم عن عبد الحميد بن جعفر عن ابن عمر بن
حصين أن امرأة كانت امرأة من بني فزارة فذهبت به إلى المدينة

تكثر

تكثر حكايتها ومنها أن امرأة جميلة جعلت تقول لا أتزوج إلا من تكفل لي بأبي
هذا فتقدمها رجل على ذلك فقال فعرض النبي صلى الله عليه وسلم يعرض الأنصار
ثم عرض لي كأنه استصغرني فقلت يا رسول الله قد عرضت
أنا أصرعه قال فصارعته فصرعته فعرضني إلى النبي صلى الله عليه وسلم
قبلني وأجازني رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رد من جنده لقوله البلوغه
ورده حين رد لضعفه لا لعدم البلوغ وليس في هذا حجة لأن ابن أبي حنيفة
لأنه لم يكن الفرض للصبيان إذا كانوا يحملوا ويحضروا الحرب وإن
كانوا غيرا بالغين لذا قال الطحاوي في شرح الآثار ثم قال وقد
روي عن البراء بن عازب ما كان دون رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابن عمر
خلاف ما روي عن ابن عمر قال حدثنا محمد بن خزيمة حدثنا يوسف بن عدي
حدثنا عبد الله بن إدريس عن مطرف عن أبي إسحق عن البراء بن عازب
قال عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا وابن عمر يوم بدر فاستصغرنا
ثم استصغرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أجازنا يوم أحد قال الطحاوي
ففي هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز ابن عمر يوم أحد
وهو يومئذ ابن أربع عشرة سنة بخلاف ما ذكرنا في حديث ابن عمر ثم ما قدر
البلوغ في الغلام بالسن ثماني عشرة سنة يتضمن أن الجارية سنة بتكامل تقديره
بلوغها بسبع عشرة سنة لأن الأنثى أسرع نشأ وربما عنيت السنة الواحدة
لا شتمالها على الفصول الأربعة التي تتوافق هي طباعها المزاج فيما
يحاله ليتقوى مزاج الغلام بذلك وقال أصحابنا أن إنبات العانة
لا يدل على البلوغ خلافا للشافعي لأنه نبات شعر من بدن الإنسان فلا
يستدل به على البلوغ كاللحية لأنه يمكن أن يتوصل باللحية إلى معرفة البلوغ
من غير ارتكاب محظور بخلاف العانة فإنه أمر ينظر إليها الجنس
ما دام لم تكن اللحية دليل البلوغ فالعانة أولى وما روي عن عطية القرظي
قال عرضت يوم بني قريظة على النبي صلى الله عليه وسلم فقال انظروا فإن
كان قد أنبت فاقتلوه فنظروا إلي فوجدوني ما أنبت فخلوني
فلا حجة فيه للخصم لأن أهل المغازي ذكروا أن سعدا حكم بذلك
فيمن أنبت وروي أنه أمر بقتل من جرت عليه المواسي وهذا يرد
على الإنبات لأن احمرار الآثار أن يكون نبات الشعر من السرة
إلى العانة وروي أنه أمر بقتل من جرت عليه المواسي وذكر
في السير الكبير في باب الحكم في أهل الحرب إذا نزلوا عليه وروي عن
عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد أن اقتلوا من جرت عليه المواسي

وهذا يقتضي تكرار الحلق بعد الإنبات وهو خلاف ما تعتبره الخصم
قال في شرح الطحاوي في باب سجود التلاوة وروي عن أبي يوسف
في غير رواية الأصول أنه اعتبر نبات العانة وأما نهود الثدي
فلا يحكم بالبلوغ به في ظاهر الرواية وقال بعضهم يحكم به وقال الكرخي
في تفسير سورة النور وعن علي رضي الله عنه أنه يعتبر القامة ويقدر بخمسة
أشبار وبه أخذ الفرزدق في قوله ما زال مذ عقدت يداه إزاره
فسما فأدرك خمسة الأشبار **قوله** وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل
أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين
وهذه من مسائل مختصر القدوري وذكر أن بلوغهما يوقف على إخبارهما
لأنه لا يوجد علامة الإنزال ويعلم إلا منه ولا اطلاع لغيرهما
على بلوغهما فإذا أخبرا في زمان لا يكذبهما الظاهر قبل قولهما في ذلك
كما في إقرار المرأة بالحيض فصارت أحكامهما أحكام سائر البالغين
قال في كتاب القضايا في الصغرى الصبي إذا أقر
بالبلوغ ثم قاسم الوصي إن كان مراهقا صح الإقرار والقسمة ولا يقبل
قوله إني لم أكن بالغا وإن لم يكن مراهقا بل كان بحيث لا يحتمل عادة
لا يصح الإقرار ولا القسمة فإن قيل بهذه المسألة أن يبلغ ابن اثني عشر سنة
لا يصح الإقرار والسنة ويبلغ ابن عشر أيضا لا يصح ...
يصح بشرط أن لا يكون بحال لا يحتمل مثله عادة ونقل عن شمس
الأئمة الفضلي قال الصدر الشهيد في الواقعات في باب الفقه غلام
بالغ جاء إلى الإقرار بالبلوغ ثم قاسم الوصي وكان مراهقا جاز وحده
ثم لا يقبل قوله إني لم أكن بالغا وإن لم يكن مراهقا ... إن مثله لا يحتلم
لم يجز قسمته ولا يقبل قوله إني بالغ لأن الظاهر
لا يكذبه وفي الوجه الثاني يكذبه ... المسألة شرط ...
... الصبي لأن الذي هو أن لا يكون بحال لا يحتلم مثله ...
غلام مراهق إذا قال احتلمت ... والحجر لا يحتمل
قوله **والحجر بسبب الدين** إذا حجر بسبب الدين مع أن لا ...
نفسه ... وصفا ... على الحجر على
مطالبة الغريم ... الحجر ... ماله الحجر عند
من يراه ... الزيادة **قوله** فإن أبي حنيفة لا أحجر في الدين
وإذا وجبت الديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه
لم أحجر عليه هذا لفظ القدوري ... مختصره ... وإن كان له مال

لم يتصرف فيه الحاكم ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه فإن كان له
دراهم ودينه دراهم قضاها القاضي بغير أمره وإن كان دينه دراهم
وله دنانير باعها القاضي في دينه وقال أبو يوسف ومحمد إذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والإقرار حتى لا يضر
بالغرماء وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص
إلى هنا لفظ القدوري اعلم أن الحجر على المفلس بالدين قول أبي حنيفة حتى
ينفذ هبته وصدقته وإقراره لغيره في ماله كما كان ينفذ قبل
الحجر وعلى قول أبي يوسف ومحمد إذا حجر القاضي عليه حتى لا يصح هبته
وصدقته وإقراره لغيره في ماله ويقبل الحجر ما يقدم منه ...
سابق ... والحجر للفساد ثم اعلم أن هذه المسألة تشتمل على مسائل
منها أن عند أبي حنيفة لا يحجر على المفلس لأنه ...
يكون به الحجر كالحجر العليل ولأنه لم ينفذ التصرف من جهة الحاكم لم يجز
له منعه كغير المفلس وعندهما يحجر على المفلس ...
... الحجر للفساد ومنها أن القاضي لا يبيع عليه
ماله ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه لأنه لا يجوز بيعه قبل الامتناع و
الحبس يجوز بعد ... بدنه وأن القاضي يحبس في الديون و
على هذا عمل الحكام في سائر الأعصار من غير نكير ... وجاز بيع مال
الممتنع من الأداء لم يجز الحبس لأنه يؤدي إلى الإضرار بالغرماء
والمديون أما الغرماء فتأخر حقهم ... وأما المديون
فلا يقدر أن يقضي دينه من غير حبس فلا معنى للإضرار به وعندهما
يبيع القاضي ماله وهو قول الشافعي ... وجوابه ...
أيضا ومنها أنه إذا ثبت من مذهب أبي حنيفة أنه لا يحجر عليه ولا يبيع
ماله ويحبسه إلى أن يبيع إيفاء لحق الغرماء ودفعا للظلم إلا أن
يكون دينه دراهم وماله دراهم فيقضي دينه بغير أمره بلا خلاف
الغريم إذا وجد جنس حقه له أخذه بغير أمر القاضي فأولى أن
يكون للقاضي ذلك وأنه إذا كان ماله دنانير ودينه دراهم ...
أن لا يقضي منها ... أبي حنيفة فلا يجوز أخذها ...
كالعروض ... يبيعها جبرا عليه وعنده لا يجوز ...
أن يكون أن الدراهم والدنانير ... جنس واحد في الذريعة
ولهذا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة ...
قولهما إذا حجر عليه القاضي قام مقامه في بيع ماله وتفريقه بين الغرماء

والتبرع
للضعف العائلة
بالحصص كذا ...
...
بلغ العائلة

قوله لانه عساه يلتجئ بماله اراد به ان يبيع ماله بيع تلجئة مع عظم
لا يمكن انتزاعه من يده اي يقر به لمن له ما لا بطريق التلجئة ان
يلجئكه اي يضطره ويكرهه لامر الى ان يأتي امرا باطنه خلاف ظاهره
قوله حتى يحبس لاجله اي لاجل البيع ويحبس بيع السمن لان
حتى هنا للحال لا للغاية كقولهم مرض حتى لا يرجونه قوله
والبيع ليس بطريق متعين لذلك اي لقضاء الدين لا رضاء يمكن
بطريق اخر من الاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فان تعين
البيع لقضاء الدين بان امتنع المفلس من بيع ماله لقضاء الدين لم ينو القاضي
مقامه كالامر المجبر العنين فان الشرع بالاحسان فيعين التفريق
بالامساك بالمعروف فاذا لم يشرع ناب القاضي منابه في ذكر فكان له التفريق
قوله والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطرق جواب عن قوله لان
البيع محق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله اي لاجل البيع فاجاب عنه
وقال حبس المديون ليس لاجل البيع حتى يحصل من ثمنه دينه بل يحبس
لقضاء الدين لعينه شيئا ولكن اختار المديون من الوجه الذي اراده اما
ببيع ماله واما بالاستقراض واما بالاستيهاب واما بالسؤال فلم يتعين
البيع اذ لقضاء الدين فلو جاز بيع القاضي ماله لزم الاضرار بالغرماء و
المديون وتقدمت بانه انفا وايجاب الحبس بقوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد
ظلم يحل عرضه وعقوبته حبسه وتقدم ذكره اي اذا ابى القاضي
قوله فانه يتعين في تحصيل الغرض بين الدراهم والدنانير وبين العروض
حينئذ اي بيع القاضي في الدين الصورة الاولى دون الثانية عند ابي حنيفة
قوله ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار ذكر هذا تفريعا
على مسئلة القدوري يعني ان بيع القاضي مال المديون لما جاز عندهما
يبيع اولا النقود ثم العروض ثم العقار مراعاة للجانبين جانب
الدائن وجانب المديون لانه ذكر ما رعى اي لقضاء الدين وفيه نظر
للدائن ويبقيه لما ليس بسريع الزوال وفيه نظر للمديون قوله
ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لانه كفاية وقيل دستان
ذكره تفريعا ايضا على قول الصاحبين ثم على قولهما اذا ملك
القاضي بيع مال المديون فاي قدر يبيع المختار انه يبقى له دست من
الثياب حتى اذا غسل احدها يبقى له الاخر ونقله عن باب الحجر بسبب
الدين من ادب القاضي ونقل القاضي بالخلاف منه من شرح ادب
القاضي اذا كان للمديون ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها يبيع ويقضي الدين

ويستوي

سادسة عشره

ويستوي بالباقي ثوبا يكفيه وقال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي
وقال بعضهم ويترك دستان من الثياب ويبيع ما سوى ذلك وهو
مختار الامام شمس الائمة الحلواني وقال بعضهم يترك دستين وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي وقال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى فان كان
ثياب بدنه يمكنه ان يجتزي بدونها يبيع اللبد في الصيف والنطع
في الشتاء ولو كان له كانون من حديد يباع ويتخذ من الطين وعن شرح
انه يباع عمامة المحبوس وعن ابي يوسف كذلك وقد استثنى لفظه الذي
يستعمله فقهاؤنا الان وسميتموه في كتبهم قوله فان اقر في حالة
الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون اي قال القدوري في مختصره
وفائدته شرح الا قطع وهذا على قولهما لانه معطوف في الكتاب على
قولهما اراد بالكتاب مختصر القدوري والوجه في ذكر ان الحجر لمعنى صرف
لحق الغرماء يتعلق حقهم بماله فلم ينفذ اقراره في حقهم لئلا يلزم
ابطال حقهم باقراره لغيرهم كالمريض مع الغرماء ولكنه صحيح في
حق نفسه فلاجل هذا لزمه بعد قضاء الديون فصار اقراره بالدين
في حالة الحجر كالدين الثابت بالاقرار لكدين الصحة ودين المرض اذا اجتمعا حيث يقدم
دين الصحة على دين المرض كذا هذا بخلاف ما اذا استهلك المحجور
عليه مالا حيث لم يقض الدين الا بالايجاد ضمانه في الحال
ويكون لاتلاف المتلف عليه ماله اسوة لسائر الغرماء لان الاستهلاك
امر محسوس مشاهد والثابت بالحس لا مرد له ولا دفعه
فلا يلزم تعلق حق الغرماء ويبقى كون الاقرار سببه محتمل الوجود
والعدم فلا يصدق في حق غيره للتهمة ويصدق في حق نفسه لعدم
التهمة بخلاف ما اذا استفاد مالا اخر بعد الحجر حيث ينفذ اقراره
في ذلك المال لان حق الاولين لم يكن تعلق بذلك المال لانه لم يكن وقت
الحجر والمانع من النفاذ تعلق حقهم فاذا انتفى المانع يوجب
النفاذ لوجود المقتضي له وهو اقرار الحر المكلف قوله قال
وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه
اي قال القدوري في مختصره وذكر ان المفلس محجور عليه عندهما لتعلق
حق الغرماء بماله وتعلق حق غيره لا يمنع النفقة عليه لان حاجته
الاصلية مقدمة على حق الغرماء وكذا لا يمنع النفقة الواجبة عليه
لزوجته واولاده الصغار وذوي ارحامه كالمريض مرض الموت
يتعلق حق الغرماء بماله ومع هذا لا يمنع النفقة عليه ولا النفقة الواجبة

في الخلاصة
المحبوس

لهو آخر حتى يثبت لهو الا فلا سبيله الحبس لاجل غنيمتهم ولا الى ابن الوجوب
امراه كان يعتقد ادهم مثله اسوة لها بالفرها وسطلا الفضل قوله
فان قال لم يعرف للمفلس مال وطلب خصمه حبسه وهو يقول لا مال
لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة قال صاحب
الهداية اي اذا كان كذلك كان الامام المتبنية انه لا مال له قال القدوري
فان لم يعرف للمفلس مال الى آخره قال القدوري وكذلك اذا قامت البينة
انه لا مال له وانما طرح بعض كلام القدوري اعتمادا على ما ذكره في
فصل الحبس من كتاب ادب القاضي وقد ترتيب لفظ القدوري فان لم
يعرف للمفلس مال وطلب غريمه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل
القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة ولم يحبسه
فيما سوى ذلك كعوض المغصوب وارش الجنايات الا ان يقوم بينته
ان له مالا واذا حبسه الحاكم شهرين او ثلاثة سال عن حاله فان لم ينكشف
له مال خلى سبيله وكذا اذا قامت البينة ان لا مال له الى هنا لفظ القدوري بلته م
في مختصره وبعد هذا الشرح ما شرحنا هنا في فصل الحبس من كتاب ادب
القاضي ودمج هنا الا في المكان خاليا عن البيان فنقول الاصل
في الانسان الفقر والغنى عارض فيجب استصحاب الحالة الى ان يعلم خلافه
ما يخالفه فاذا ادعى الفقر فقد ادعى الاصل فكان القول قوله ولم يحبس حتى
يقيم خصمه البينة على ان له مالا وذلك مثل الدين الذي وجب بدلا
عن قيمة متلف او ارش جناية لان الحبس عقوبة شرعت جزاء على الظلم فاذا لم
يوجد الدليل على الاعسار على الفقر لم يكن ظالما فلم يستحق العقوبة فاما
اذا كان الدين واجبا عليه عن ثمن المبيع او بدل القرض فقد وجد
دليل الغنى بمكان ذلك فكان ممتنعا عن الاداء فيحبس لان الظاهر انه ظالم
وكذلك في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة يحبس اذا امتنع
لانه ما التزم ذلك بالعقد الا وهو قادر عليه ظاهرا فكان ظالما
في الامتناع عن الدفع وهذه رواية ابن سماعة وعلى رواية الخصاف
عن اصحابنا لا يحبس فيما لزمه بالعقد بل يحبس فيما كان بدلا عن
مال حصل في يده خاصة لان الحبس عقوبة يستحق مع الامتناع بالغنى
ولم يوجد الغنى لان العقد لا يملك به شئ فلم يثبت ... من
اصل الفقر فلا يحبس كما في الدين الواجب بالجناية ولا يحبس فيما
سوى ذلك كعوض المغصوب وارش الجنايات الا ان يقوم بينة ان له مالا

قامت
لان دليل الغنى لم يوجد لعدم ملك شئ فلم يكن ظالما بخلاف ما اذا
بينة ان له مالا حيث يحبس لانه ظالم لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم
يحل عرضه وعقوبته ويشتر ... ان العقوبة بالحبس فان دام
حبسه الحاكم شهرين او ثلاثة سال عن حاله فان لم ينكشف له مال
الناصحي
خلى سبيله وكذلك اذا قام البينة ان لا مال له قال القاضي في تهذيب
ادب القاضي قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد يحبسه شهرين او ثلاثة
وعلى رواية محمد ... اربعة اشهر وعلى رواية الحسن ستة اشهر ثم قال
وهو موقوف على راي القاضي وقال في شرح الاقطع والمقدار في هذا
بالحبس م
غير معتبر وهو مردود الى راي القاضي والمقصود ان يضجر
فيظهر ماله ان كان له مال وهذا امر يختلف باختلاف الناس فمنهم من
يؤثر فيه قليل الحبس ومنهم من لا يؤثر فيه الكثير فوقف على اجتهاد القاضي
فيه ثم اعلم ان البينة على الاعسار بعد الحبس تقبل بالاتفاق فيطلقه
فيطلقه القاضي بعد ذلك لقوله تعالى فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة
اما اذا قامت البينة على الاعسار قبل الحبس ففيه
روايتان في احدى الروايتين تقبل وبه كان يفتي الشيخ الامام ابو بكر محمد بن
الفضل وفي رواية اخرى لا تقبل ما لم يحبس وعليه عامة المشايخ واليه
ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهو الاصح وباقي
المسائل مر في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي وقال في باب
الحبس من كتاب ادب القاضي من الفتاوى الصغرى المحبوس اذا ثبت
عند القاضي بعدما مضى زمان على ما يجري فيه انه معسر ...
الحبس وان اخبره انه معسر خلى سبيله وخبر الواحد العدل
الثقة يكفي والاثنان احوط ولا يشترط لفظ الشهادة وفي نقله
عن باب الحبس من كتاب شيخ الاسلام خواهرزاده وذكر في خلاصة الفتاوى
في كتاب القضاء من كتاب الاصل لا يضرب المديون ولا يغل ولا
يقيد ولا يخوف ولا يقام بين يدي صاحب الحق اهانة له ولا يواجر
وفي المنتقى يقيد المديون اذا خيف الفرار ولا يخرج المحبوس
لجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلاة الجنازة ولا عيادة المريض و
يحبس في موضع وحش لا يبسط له فرش ولا يدخل عليه احد ليستانس به
ذكره الامام السرخسي قوله ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له
خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن الهلاك ذكره
تفريعا على مسئلة القدوري قال في الواقعات في باب ادب القاضي
بعلامة الواو

المحبوس في السجن اذا مرض وليس له احد يتعاهده اخرج من السجن
بكفيل لانه لو ترك كذلك يخاف عليه التلف والمنع عن الحبس الى التلف
وقال في خلاصة الفتاوى هذا اذا كان الغالب عليه الهلاك وعن ابي يوسف
انه لا يخرجه والهلاك في السجن وغيره سواء والفتوى على رواية
محمد وانما يطلقه بكفيل فان لم يجد الكفيل لا يطلقه وان كفل
رجل واطلقه فحضرة الخصم ليس بشرط كذا في الخلاصة قوله والمحترف
منه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
قال في الفتاوى الصغرى المديون هل يمنع في الحبس من الاكتساب
قال بعض المشايخ لا لان فيه نظرا من الجانبين جانب المديون
لانه ينفق على نفسه وعلى عياله وجانب رب الدين فانه اذا فضل
منه شيء يصرفه الى الطالب وقال شمس الائمة الحلواني يمنع وهو الاصح
لان المقصود من الحبس ان يضجر فيسارع الى قضاء الدين ولو ترك
يكتسب لا يضجر لما ان الحبس يصير له كالحانوت فلا يحصل ما بني له الحبس
ولا يمنع من وطي امرأته او جاريته حيث لا يمنع منه اذا كان ثمة موضع خال
لان الوطي قضاء شهوة الفرج فيعتبر بشهوة البطن وهو الاكل فلا
يمنع من الاكل فكذا لا يمنع من الوطي وفي خلاصة الفتاوى ويمنع
ولا يخرج الى الحمام اما لو احتاج الى الجماع يدخل عليه امرأته او جاريته
لكن في موضع لا يطلع عليه فان لم يكن مكان لا يجامع وعن ابي حنيفة
انه يمنع من الجماع بخلاف الاكل للضرورة كذا في الخلاصة قوله
قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس فيلازمونه ولا
يمنعونه من البيع والتصرف والسفر اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص وقال
ابو يوسف ومحمد اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين الغرماء الا ان يقيموا
البينة انه قد حصل له مال الى هنا لفظ القدوري وهذا الذي
ذكره متصل بقوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله. وكذلك اذا اقام
البينة انه لا مال له يعني ان الحاكم اذا اطلقه من الحبس لا يحول الحاكم
بين المديون وبين غرمائه ولا يمنعهم من ملازمته ويفسر الملازمة
ان يدوروا معه اينما دار ولا يفارقوه ولا يلازمونه في موضع معين لانه حبس
كذا في خلاصة الفتاوى وقال في شرح ادب القاضي اذا خلى سبيله
لا يمنع القاضي من ملازمته على ظاهر الرواية وقال الناصحي
في تهذيب ادب القاضي قال ابن كاس في ادب القاضي قال ابو يوسف ومحمد

اذا

اذا صح انه معسر فلا سبيل الى لزومه وعلى قول اسمعيل بن حماد
ليس للمدعي ان يلازمه ولكن ياخذ كفيلا ذكره شمس الائمة
السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف وقد بيناه في فصل الحبس
وجه قول ابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان
وفسر اليد بالملازمة واللسان بالتقاضي ولانه يتوصل بالملازمة
الى استيفاء حقه اذ الظاهر انه لا يخلو عن مال لانه ياخذ فضل كسبه ويدفعه قوله
قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وجوابه ان المراد منه
النظرة في المطالبة لا في الملازمة وعند ابي حنيفة لا يطالبه بل يلازمه
ويطوف معه لياخذ فضل كسبه صاحب الهداية بنى الخلاف ههنا
على الخلاف في صحة القضاء بالافلاس وعدم صحته فعندهما الحاكم
حجر ذكر يثبت العسرة فيستحق النظرة وعند ابي حنيفة لما لم يصح
لم تثبت العسرة فلم يستحق النظرة لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف
الشهود على الاعسار لا يتحقق الا بناء على ظاهر الحال اذ لا وقوف لهم على الحقيقة
والظاهر يصلح للدفع لا للابطال فيندفع المطالبة ولا يبطل حق الملازمة
قال صاحب الهداية وقوله اي قول القدوري الا ان يقيموا البينة
اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا
اذ الاصل هو العسرة وفي بعض نسخ القدوري الى ان يقيموا البينة
وجه الاشارة ان المديون لما اقام البينة انه لا مال له خلى سبيله
القاضي وحال بين المديون وبين الغرماء عندهما لما اقام الغريم
البينة انه حصل له مال لم يخل بينه وبينهم فعلم بذلك رجحان
بينة اليسار على بينة الاعسار لكنا بالقضاء وفي خلاصة الفتاوى
وان اقام المديون البينة على الافلاس واقام الطالب البينة
على اليسار فبينة الطالب اولى لانها تحتاج الى بيان ما تثبت به اليسار
وفي بينة الافلاس لا يشترط حضرة المدعي وقال فيها ايضا ويجري في
بينة الافلاس ذكر الخصاف ينبغي ان يقول انه معسر لا نعلم له مالا
ولا عرضا من العروض يخرج بذلك عن حال العسرة وعن ابي القاسم
الصفار ينبغي ان يقول الشهود نشهد انه مفلس معدم لا نعلم
له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقال في الخلاصة ايضا
القاضي اذا اطلق المحبوس بسبب الافلاس فادعى عليه رجل مالا وادعى
انه موسر لا يحبسه القاضي حتى يعلم غناه وقال فيها ايضا وله
ان يلازمه بنائبه او اجيره او غلامه وقال في الواقعات رجل قضى عليه

فعليه كون انسان معه من علامه ان يلازم الغريم فقال الغريم لا اجلس معه
بل اجلس مع المدعي فله ذلك لانه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبيد
فيتكلمون عليه في ذلك زيادة ضرر قوله فيقسم بينهم بالحصص اي
باخذ كل واحد من الغرماء بقدر حصته من الدين من فضل كسب المديون
قوله فلسه الحاكم اي حكم بافلاس المديون واظهار اعساره قوله
في موضع اي موضع معين وفي خلاصة الفتاوى ليس للطالب ان يقيم
المطلوب في الشمس او على الثلج او في موضع يضر به قوله ولو دخل داره
لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج ذكره بعينها
على ما له العهدي وفي خلاصة الفتاوى لا يمنع من ان يدخل بيته لحاجة
او لغذاء الا اذا اعطاه او عين موضعا للحاجة قوله ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في
حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه اي لاختيار الطالب الاضيق
على المطلوب وهو المديون يعني ان المقصود هو قضاء الدين فاذا
ابى المطلوب الملازمة ذلك انها اضيق عليه من الحبس كان اكثر
افضاء الى قضاء الدين الذي هو المقصود كحصول الضجر والملل من كثرة
مجانبته له اشق على النفس من الحبس ولهذا قيل اضيق السجون معاشرة
الاضداد الا اذا كان في الملازمة ضرر ظاهر على المديون بمنعه عن دخوله
في بيته ونحوه فيحبسه دفعا للضرر عن المديون وفي الواقعات
اذا قال المطلوب احبسني وقال الطالب لا بل الازمك فلا يحبس والخيار
في ذلك الى الطالب لان الحبس حق الطالب فله ان يترك حقه بما هو دونه وهو الملازمة
فهو بقوله احبسني متعنت فلا يسمع قوله ولو كان الدين للرجل
على المراة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ذكره بقوله لما
والخلوة بها حرام الا ترى الى ما روي عن عمر رضي الله عنه لا يدخل رجل على
امراة وان قيل حموها الا حموها الموت قال في الغاية الاحماء
اقرباء الزوج كالاب والاخ والعم ونحوهم الواحد حمو في عمدة الحفاظ
واذا اضيف قيل هذا حموها ورايت حماها يجري مجرى ما وهو
من احدى الاسماء الستة التي اعرابها بالحروف مضافة وفي الخلاصة
الفتاوى في ملازمة المراة يامر امراة حتى تلازمها فان لم تجد امراة
ان شا جعلها مع امراة في بيت وهو على بابها لان المراة في بيت نفسها وهو
على بابها ونقله عن المنتقى قوله قال وجعل الفلس رحمه الله عنده
متاع الرجل بعينه ابتاعه فصاحب المتاع اسوة للغرما فيه اي قال القدوري

ى

في مختصره وقال الامام علاء الدين العالم في طريقه الخلافي واذا افلس المشتري
بعد قبض المبيع او مات مفلسا لا يثبت للبائع حق الفسخ بل يباع
المبيع ويقسم بين الغرماء بالحصص وقال الشافعي يثبت للبائع حق الفسخ
وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي اذا افلس المشتري وسال الغرماء
الحاكم الحجر عليه حجر عليه وكان للبائع بعد الحجر الخيار ان شا كان له اسوة الغرما
وان شا فسخ العقد وكان اولى بالمبيع ولا خيار له قبل الفلس
وفي كتاب التفريع لاصحاب مالك ومن باع من رجل سلعة ثم فلس
مشتريها قبل ان يقبض البائع ثمنها فوجدها البائع بعينها فهو مخير
ان شا اخذها بالثمن الذي باعها به وان شا تركها وحاص الغرما بثمنها
وفي مختصر الخرقي على مذهب احمد بن حنبل واذا افلس الحاكم رجلا
فاصاب احد الغرما عين ماله فهو احق به الا ان يشا تركه ويكون
اسوة الغرما وجوهها اسحق بمذهب احمد كذا ذكر المروزي في جامعه
وله اسوة اي من اقتدي به اذا اقتدى به واتبعه وقال ابن سيده
قالي اي جعلته اسوة اقتدي به ويقتدي هو بي كذا في المغرب
ومن حجتهم ما روى مالك في الموطا عن ابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام
عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فادرك
رجل ماله بعينه فهو احق به من غيره وجوابه ان في الحديث ما صاحب
عين ماله والسلعة في يد المشتري ليست عين مال البائع بل هي مال المشتري
مال البائع وانما اريد هذا في المغصوب والعواري والودائع وما اشبه
ذلك كذا اجاب الطحاوي في شرح الاثار وقد ذكر الطحاوي عن سمرة عن النبي
صلى الله عليه وسلم في حديث سمرة فانه قال حدثنا محمد بن عمرو حدثنا ابو معمر
عن حجاج عن سعيد بن عبيد عن زيد بن عقبة عن ابيه عن سمرة بن جندب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من سرق له متاع او ضاع له متاع
فوجده في يد رجل بعينه فهو احق به ويرجع المشتري على البائع
بالثمن قال الطحاوي ايضا حدثنا يونس حدثنا ابن وهب اخبرني
يونس بن يزيد عن ابن شهاب اخبرني ابو بكر بن عبد الرحمن ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في السلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي
عنده بعينها لم يقبض صاحبها من ثمنها شيئا فهو اسوة الغرما
وقال ابو بكر وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من توفي وعنده سلعة رجل
بعينها لم يقبض من ثمنها شيئا فصاحب السلعة اسوة الغرما وقال الطحاوي ايضا
في شرح الاثار واما وجه ذلك من طريق النظر فانا رأينا ان الرجل اذا باع

[illegible]

من الرجال فكان له الكسب حتى يستوفي الثمن وان مات المشتري
او فلس كان البائع اولى به من سائر الغرماء فاذا قبض السلعة
من البائع باجرة قبل ان ينقد الثمن ثم مات فقد اجمعوا على ان البائع
اسوة الغرماء بدينه فالقياس ان يكون اذا افلس المشتري كذلك
ان يكون اسوة الغرماء ولا يكون له جميع السلعة وحجة اخرى انا رأينا
اذا لم يقبض المشتري ونقد البائع كل الثمن او نقده بعض الثمن ثم مات
او افلس المشتري ان البائع اولى حتى يستوفي جميع ثمنه واجمعوا ان
المشتري لو قبض العبد ونقد بعض الثمن ثم مات او افلس ان البائع
لا سبيل له على العبد بقية الثمن الذي له عليه بل المشتري اولى
وكاحد الغرماء فوجب القياس ان يكون كذلك اذا لم ينقد جميع
الثمن ولم ينقده شيئا لانا لا نعرف بينهما قبل القبض بين جميع
الثمن وبعض الثمن اذا لم يقبض ان البائع اولى بالسلعة حتى
يستوفي جميع ثمنه فوجب ان يكون حكم جميع الثمن وبعض الثمن سواء بعد القبض
كذا ذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي في كتاب القضاء انتهى وذكر في شرح
الآثار وروى الطحاوي ايضا باسناده الى ابراهيم النخعي والحسن ان
البائع اسوة الغرماء وللمسألة ان البائع انقطع حقه عن المبيع
من كل وجه وهذا يحل للمشتري وطؤها وينفذ فيها اعتاقه
الا انه تعلق حق البائع بالمبيع بعد الافلاس ومثل هذا التعلق به
يشاركه فيه الغرماء ايضا فلا يكون البائع اخص به ولانه افلس من جهة
المشتري بالثمن فلا يكون سببا لثبوت الفسخ للبائع كما قبل الحكم بالفلس
او نقول عجزه كونه الرجوع عنها قبل الفلس فكذا بعد الفلس او نقول
اذا زال ملكه عن المبيع وسقط حقه بالتسليم في الحبس ثم بالتسليم بلا اشتباه
له الرجوع بعد ذلك في العين كما قبل الحكم بالفلس وكما بعد موت المشتري
او نقول البائع احد غرماء المشتري فلا يستحق الا ما يوجب ان يكون البائع
احق ببعض الاعيان التي هلكت المشتري فيها كسائر غرمائه او نقول
المستحق بالعقد هو الوصف الثابت في الذمة وهو الدين ولا يلزم
من العجز عن تسليم عين الدراهم او عين الدنانير بالافلاس العجز
عما استحق بالعقد لان عين الدراهم والدنانير حصلت بدلا عن الدين
ثم لم يعتبر عين ذلك لان الاستبدال جائز بالديون بخلاف
باب السلم حيث يكون العجز عن تسليم المسلم فيه عجزا عن تسليم الدين
الثابت في الذمة لان تعذر تسليم المسلم فيه بانقطاعه عن ايدي الناس

لان ما قلنا انما هو اعتبار الحقيقة وبعد تعذر اعتبارها في باب السلم
لا يجعل العين عين الدين لان الاستبدال في السلم حرام لقوله صلى الله
عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك او راس مالك فلا جرم وجب الفسخ بالعجز
عن تسليم المسلم فيه لانه عجز عن عين المستحق بالعقد وليس العجز عن
عين الدراهم والدنانير كذلك لانه لم يعجز عن عين المستحق بالعقد بل عجز
عن غيره فلم يثبت حق الفسخ وهذا معنى تعليل صاحب الهداية بقوله
ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين اي عين الدراهم او
الدنانير الى اخره قالوا عقد معاوضة فيكون فسخها بالعجز عن تسليم احد
العوضين كما اذا ابق العبد المشترى قبل قبض المشتري حتى يجب
الفسخ فكذا يفسخ بالعجز عن تسليم العوض الآخر وهو الثمن وكذا
اذا عجز عن تسليم المسلم فيه بانقطاعه عن ايدي الناس يجب الفسخ
قلنا يشكل ذلك بما قبل حكم الحاكم بفلسه وربما لو امتنع من ادائه مع
القدرة عليه وفي المسلم فيه انه مبيع وتعذر تسليم المبيع يوجب
الفسخ بخلاف الثمن وفي الدراية انه فسخ انه لا يجوز التصرف فيه
قبل القبض كالمبيع بخلاف الثمن ثم قالوا المشتري اذا وجد بالمشترى
عيبا يثبت له حق الفسخ وكذا البائع اذا وجد بالثمن عيبا والافلاس
يوجب عيبا في الثمن لان العيب ما يخل بالانتفاع اي يعجز عن الانتفاع و
الافلاس يوجب عيبا في الثمن يعجز عن الانتفاع بالثمن عند الانتفاع بالثمن
لانا لا نسلم ذلك سلمنا مع الافلاس قلنا انما يتحقق العيب اذا تحقق
العجز عن التسليم ولم يتحقق هنا لان القاضي يجبره على البيع فاذا
باع يصل اليه الثمن واذا امتنع عن البيع يبيعه القاضي فيوصل الثمن
الى البائع فلا يكون الفسخ طريقا متعينا لايصال الحق بخلاف ما اذا وجد
المبيع آبقا قبل القبض لانه يتعذر الوصول الى وصف السلامة معيبا
والى ذات المبيع ظاهرا وغالبا فيتعين الفسخ طريقا للتدارك
اما هنا فمحال لانه كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
في كتاب البيوع قوله يحجر القاضي على المشتري بطلبه اي بطلب
البائع الحجر قوله هذا هو الحقيقة اي تحقق المبادلة بقبض
العين هو الحقيقة لان العين غير الدين حقيقة قوله فيجب اعتبارها
اي اعتبار الحقيقة الا اذا تعذر اعتبارها كما في السلم حيث يكون
المسلم فيه هو العين من الحنطة والشعير حكم الدين الذي هو
الوصف الثابت في الذمة لتعذر القول بالاستبدال لانه حرام فصار العجز

من بعض النسخ مجزيا من سلم الدين الذي هو مكتوب بالعصر وقول البعض
هذا آخر شرح كتاب الحجر عن بعض نسخة كجوار مشهد الإمام
الأعظم أبي حنيفة غرة المحرم سنة ثلاث عشر ونحس تسعمائة إنه
الله تعالى بإتمام الكتاب بعونه وتحصيله إن شاء الله تعالى **كتاب**
المأذون لما كان الإذن فك الحجر وذلك لا يكون إلا بعده ناسب
أن يذكر كتاب المأذون بعد كتاب الحجر **قوله** الإذن الإعلام
لغة وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا وإنما قيد بقوله عندنا
احترازا عن قول زفر والشافعي فإن الإذن عندهما توكيل وإنابة
في التصرف اعلم أن الإذن في التجارة للعبيد والصبيان العقلاء
جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة وإجماع الأمة ونوع من القياس
أما الكتاب فقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم
منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم والابتلاء الامتحان من الوصي إنما يحصل
بدفع شيء يسير من ماله ليتجر فيه حتى يوقف على رشده وعدمه وقوله تعالى
وابتغوا من فضل الله والإذن للعبد في التجارة ابتغاء لفضل الله تعالى
فكان جائزا عملا بظاهر الكتاب وأما السنة فهو ما روى محمد بن الحسن
في الأصل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يركب الحمار ويجيب دعوة المملوك وأراد
به المملوك المأذون لأنه لا يجوز إجابة دعوة المملوك المحجور بالإجماع
والثابت بالإجماع كالثابت بالنص ولو لم يكن جائزا لما كان يجيب دعوة
المملوك المأذون كان ذكر دليلا على جواز الإذن فكذلك هذا وروى محمد
أيضا في الأصل عن أبي صالح أنه كان للعباس بن عبد المطلب عشرون
عبدا كل واحد منهم يتجر بعشرة آلاف درهم فدل ذلك على جواز الإذن
وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على أن إذن العبد في التجارة إذا كان
مكلفا والأطفال وقعا إذا كان عاقلا غير مكلف يعقد ما يجوز ذلك
أيضا ونوع من القياس يدل على جوازه لأن كتابة العبد جائزة
بالإجماع وفيها إذن للعبد في التجارة وكذا يدل جواز الكتابة
على جواز الإذن للعبد في التجارة ثم اعلم أنا نبين تفسير الإذن
وركنه وشرطه وحكمه أما الإذن فهو الإطلاق لغة لأنه ضد
الحجر وهو المنع فكان إطلاقا عن شيء أي شيء كان وفي الشرع
الإطلاق في حق التجارة بإسقاط الحجر عنه كذا قال شيخ الإسلام
خواهر زاده في مبسوطه وأما ركنه قول الرجل أذنت لك في التجارة
لأن الإذن به يتقوم وركن الشيء ما يتقوم به ذلك الشيء وقد يكون

الإذن

الإذن دلالة بالسكوت عندنا خلافا لزفر والشافعي وأما شرط جوازه
من جهة الآذن أن يكون له ولاية فيما يأذن له ومن جانب المأذون
أن يكون عاقلا لأن قول الآذن أذنت لك يقتضي صحته على ما قلنا
فكان شرطا وأما حكمه فملك المأذون ما كان من جنس التجارة و
توابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك إلى هذا أشار
في التحفة وذلك لأن حكم الشيء ما يثبت به وإنما يثبت بالإذن ما قلنا
فكان حكما **قوله** وإسقاط الحق عندنا يعني أن العبد كان محجورا عن
التصرف لحق المولى فإذا أذن له المولى سقط حقه بنفسه **قوله**
ثم العبد بعد ذلك يتصرف لنفسه لا لمولاه بالتوكيل والإنابة في التصرف
بأهليته لنفسه لأن الأهلية باللسان الناطق والعقل المميز
وذلك حاصل للرقيق فكان أهلا للتصرف إلا أنه كان محجورا
عن التصرف قبل الإذن لئلا يلزم بطلان حق المولى لأن تصرفه
يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وكان ذلك مال المولى فلو جاز
تصرفه بلا إذن المولى لفات حق المولى بلا رضاه ثم أثر الإسقاط
عدم قبول الإذن التوقيت لأن الإسقاطات لا تتوقت كالطلاق
والعتاق فعلى هذا إذا أذن له في التجارة شهرا كان مأذونا أبدا
إلى أن يوجد الحجر وأثر تصرف العبد بأهلية نفسه لنفسه عدم
رجوع المأذون في الحقيقة من العهدة على المولى فعرفها حرف أن
ما ذكره صاحب الهداية لغا وثمرا يعني قوله ولهذا لا يرجع
في قوله ولهذا لا يقبل التأقيت **قوله** ثم الإذن كما
يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فإن
في التحفة ثم الإذن قد يثبت صريحا وقد يثبت بطريق الدلالة فالصريح
ما ذكرنا وأما الدلالة فإن رأى المولى عبده يبيع ويشتري فسكت
ولم ينهه عن ذلك يصير إذنا له في التجارة ولا يصير مأذونا في بيع ذلك
الشيء بعينه وفي الشراء يصير مأذونا وقال زفر لا يصير مأذونا
والسكوت يكون إذنا في مواضع فإن من باع عبدا من إنسان بحضرته
والعبد ساكت يكون إقرارا منه بالرق دلالة وكذا المشتري إذا
قبض السلعة بحضرة البائع وسكت يكون إذنا بالقبض وكذا
إذا سمع الشفيع البيع ولم يطلب الشفعة وسكت يكون تسليما للشفعة
وكذا البكر إذا زوجها وليها فسمعت من الولي وسكتت يكون إذنا
وله نظائر وفي بعض المواضع لا يكون السكوت رضا على ما عرف في موضعه

بأهليته يعني أن العبد بعد إسقاط المولى الحجر يتصرف لنفسه

مسائل ما يكون السكوت إذنا

الى هنا لفظ المختصر وذكر في شرح الطحاوي من جملة المسائل وهب ما اذا
اراد ان يقبض الموهوب له او المتصدق عليه بذلك الشي بحضرة
الواهب فسكت يكون ذلك اذنا منه في القبض ومن جملتها مجهول
النسب اذا باعه رجل بحضرته فقال له قم فاذهب مع مولاك فقام وسكت
يكون اقرارا منه بالرق حتى انه لو ادعى بعد ذلك الحرية لم يلتفت الى قوله
وقال في شرح الطحاوي ايضا ولو باع شيئا بيعا صحيحا بثمن حال فقبض
المشتري المبيع بحضرة البائع وسكت البائع لا يكون اذنا له بالقبض
وله ان يسترد في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي انه يكون اذنا ههنا
بالقبض قياسا على العقد الفاسد وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
واذا نظر الرجل الى عبده يبيع ويشتري فلم ينهه عن ذلك صار
مأذونا له في التجارة استحسانا كما لو قال له اذنت لك في التجارة وهو
قول علمائنا الثلاثة وقال زفر والشافعي لا يصير مأذونا في
التجارة وهو القياس وجه القياس ذلك انه يصير به مأذونا له
في التجارة حقيقة لا يصح من غير اذن فلا يثبت بالسكوت قياسا على
الاجنبي اذا باع مال غيره وصاحب المال ساكت يراه فلم ينهه عن
ذلك لا يثبت الاجازة وقياسا على الراهن اذا باع المرهون
والمرتهن ساكت يراه ولم ينهه عن ذلك وقياسا على بيع العبد مال
المولى والمولى يراه ولا يمنعه عن ذلك لا يثبت الاذن بالسكوت فكذا هذا
البيع وكذلك يثبت الاذن في بيع آخر ودليله ما لو تزوج العبد امرأة
او الامة زوجت نفسها بحضرة المولى والمولى ساكت ولم ينهه عن ذلك فانه
لا يثبت الاذن فكذلك ههنا لان السكوت محتمل بين ان يكون عن سخط
وبين ان يكون عن رضا فان كان عن سخط لم يثبت الاذن وان كان عن
رضا يثبت الاذن فلا يثبت بالشك ولا يلزم على ما قلنا سكوت البكر اذا
زوجها غير الاب والجد فبلغها الخبر فسكتت انه يثبت الاذن كما
لو كان المزوج اباها او جدها لا يثبت الاذن لاحتمال السكوت فكذا
اذا زوجها الاخ او العم الا انا تركنا القياس فيه بالاثر وهنا ثبت
بالنص على خلاف القياس فلا يرد اشكالا على القياس وكذلك الوارد
في البكر وقد جرت مجرى النطق لحال الحياء ولا يعتبر دلالتها
دلالة المولى غيرها جرى مجرى النطق بالشك يعود هذا الى ما
ينتقض القياس وجه الاستحسان ان السكوت من المولى حال
رؤيته العبد يبيع ويشتري ما سكت عنه مع القدرة على النهي يحمل

ان

مسئلة الاجنبي اذا باع مال غيره وصاحب المال ساكت يراه لا يكون اذنا

للاذن
ان يكون عن رضا او سخط الا انا رجحنا جانب الرضا واثبتنا
من المولى نفيا للضرر عن المداينين مع العبد فانه لو لم نرجح جانب
الرضا ولم يثبت الاذن يتضرر به البائع فانه يزول المبيع عن ملكه
ولا يحصل له عوضه للحال بل يتأخر تسليمه العوض له الى ان يعتق
العبد وربما يعتق وربما لا يعتق فيتوى حق البائع والضرر في
الاسلام منفي ما امكن وقد امكن نفي الضرر بترجيح جانب الرضا
كالمشتري اذا تصرف في الدار المشفوعة بعدما تأكد حق الشفيع بالطلب
والشفيع يراه فلم ينهه عن ذلك تبطل شفعته اذ لو لم
تبطل شفعته يتضرر المشتري بابطال التصرفات عليه فكان سكوته
رضا نفيا للضرر عن المشتري فكذا ههنا ولا يلزم على ما قلنا بيع
العبد مال المولى وبيع الاجنبي وبيع الراهن والمرتهن ساكت
لانا متى لم نرجح جانب الرضا ثمة ولم يثبت الاذن لا يتضرر به احد
حيث يكون البيع من هؤلاء موقوفا ولا يكون نافذا وذلك لان العبد
لا يملك ازالة مال المولى عن ملكه بغير رضاه والفضولي لا يملك
ازالة المبيع عن ملك مالكه وادخاله في ملكه بغير رضاه والراهن
لا يملك ابطال ما ثبت للمرتهن من الحق بغير رضاه فبقي البيع
موقوفا فامكن فسخه واعادة كل واحد من المتعاقدين الى
راس ماله فلا ضرورة بسبب الضرر لكنا نرجح جانب الرضا فثمة البيع
الضرر ههنا لم نرجح احد الاحتمالين واما فيما نحن فيه لو لم نرجح
جانب الرضا ولم يثبت الاذن لا يمكن اعادة البائع الى راس
ماله لان بيع المحجور نافذ فيزول المبيع عن ملكه فيتأخر حقه في
الثمن الى ان يعتق العبد وفي ذلك ضرر على البائع ونفي الضرر واجب
ما امكن فرجح جانب الرضا على السخط لذلك وليس كالنكاح لان
الامة اذا تزوجت وسكت المولى لا يتضرر به احد اذا لم يثبت الرضا
والاجازة لان النكاح يكون موقوفا ولا يلزمها ولانه ازالة ملك المولى
بغير رضاه فربما يقع بضعها ملك المولى فلا يملك ازالتها عن ملكه
بغير رضاه كما لا تملك ازالة رقبتها عن ملك مولاها بغير رضاه واذا بقي
النكاح موقوفا امكن فسخ النكاح واعادة كل واحد منهما الى راس ماله
وكذلك اذا كان المتزوج هو العبد لانه اذا لم يثبت الاذن لا يتضرر احد
لانه لا ينفذ نكاح العبد بدون اذن المولى لان انكاح العبد مملوك
المولى لانه من اصلاح ملكه ولهذا ملك المولى انكاح عبده عندنا

للمولى
رضي العبد بذلك لما سقط كما يملك بيعه وإذا كان هذا التصرف مملوكا
لم يملك العبد إبطاله كما في نكاح العبد موقوفا على إجازة المولى
فأمكن فسخه وإجازة المرأة إلى رأس ماله فينتفي الضرر كذا ذكر
شيخ الإسلام في مبسوطه وقال الكرخي في مختصره وكذلك لو رآه المولى يشتري
أو يبيع بيعا فاسدا فلم ينهه فهو إذن له في التجارة وإن كان البيع
فاسدا مردودا **قوله** قال وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذنا عاما
جاز تصرفه في سائر التجارات قال القدوري في مختصره ومعنى هذه المسألة
يبيع ويشتري ويرهن ويسترهن قال صاحب الهداية معنى هذه المسألة
أن يقول له قد أذنت لك في التجارة ولا يقيده أي معنى الإذن العام
هو الإذن في التجارة فلا يتقيد الإذن بنوع من أنواع التجارة فإنه
إذا قيده نفى كونه مأذونا له في التجارة خلافا لزفر وهذا أن الله تعالى جميع التجار
وليس معناه أن يقول له أذنت لك في جميع أنواع التجارات إذ إذا أذنت
لك في التجارات يراد فالإذن في التجارة فلا يتقيد بنوع كان إذنا عاما
فيتصرف في التجارات كلها لعموم الإذن لأنه عام وإنما يعرف ذلك
بصيغته بأن يذكر بلفظ الجمع وكذا إذا ذكره بصيغة الفرد لكنه
عرفه بالألف واللام بأن قال أذنت لك في التجارة لأنه عام يعني كان يريد
به جنس التجارة أما إذا ذكره بصيغة الفرد منكرا غير معرف بأن قال أذنت
لك في تجارة واحدة كذا يملك أنواع التجارات عندنا ذكره شيخ الإسلام
علاء الدين الإسبيجابي وقوله يبيع ويشتري وقع بيانا لقوله جاز تصرفه
في سائر التجارات لأنهما أصل التجارة فيشارطهما الإذن والرهن
والارتهان من جملة التجارة أيضا لأنهما من توابع التجارة وكذلك ما
كان من توابعها يملكه المأذون قال في شرح الأقطع وعلى هذا يجوز
أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة لأنه من عادة التجار
وقال في تحفة الفقهاء لو أذن له في نوع خاص دون عام أما الإذن الخاص بأن
يقول لعبده اشتر بدرهم لحما أو اشتر ثوبا لنفسك أو للعيال فإن اشتراه
فإنه لا يكون مأذونا إلا في ذلك خاصة والقياس أن يكون مأذونا
في الأنواع كلها لأن الإذن بالتصرف لا يتجزى ولكن الاستحسان يقتصر
على ما أذن لأن هذا من باب الاستخدام ولو تعدى الإذن إلى غيره لا يمكن
قصد المولى أن يكون مأذونا في التجارة لا يقدر على الاستخدام وأما
الإذن العام فإن يقول أذنت لك في التجارات أو في التجارة فيصير مأذونا
في الأنواع بلا خلاف أما إذا أذن في نوع بأن قال اتجر في البز أو في الطعام
وكذلك

ويكون ذلك يصير مأذونا في أنواع التجارات عندنا وعند زفر يقتصر على ما
سمى وكذلك إذا قال اقعد في الخرازة أو في الصياغة يصير مأذونا
في جميع أنواع الحرف وكذا إذا قال أذنت لك أن تتجر شهرا أو سنة
يصير مأذونا في جميع الأوقات ما لم يحجر عليه حجرا عاما وكذا لو قال
اتجر في البز ولا تتجر في الخز لا يصح نهيه ويعم الإذن النوعين
وغيرهما وهذه المسألة فرع مسألة أن الإذن فك الحجر وإسقاط الحق
وذلك الحجر إلى هنا لفظ التحفة **قوله** فإن باع أو اشترى
بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند
أبي حنيفة ذكره تفريعا على مسألة القدوري قال الشيخ أبو الحسن الكرخي
في مختصره إذا أذن الرجل لعبده في التجارة فاشترى وباع فشراؤه جائز
في جميع الأشياء وبيعه وإن اشترى شيئا بما يتغابن الناس فيه أو باع
فذلك جائز في قولهم جميعا وإن اشترى شيئا بما لا يتغابن فيه أو باع
شيئا في ذلك بما لا يتغابن الناس فيه وعلى العبد دين أو لا دين عليه فذلك
جائز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد شراؤه ولا بيعه محمد ثم
في ذلك كله وهو باطل حتى روي أن الشيء يباع بما لا يتغابن فيه قال
الكرخي إن رجعوا مأذونا له في التجارة لو وهب هبة أو تصدق بصدقة لم يجز
فإذا باع عبدا يساوي ألف درهم بعشرة دراهم كان هذا باطلا وكان هذا
بمنزلة الهبة والصدقة ولكن لا يجوز هبته ولا صدقته مثل العبد المأذون
والمكاتب والصبي الذي يأذن له أبوه أو المعتوه الذي يأذن له أبوه في التجارة
فإن باع أحد منهم شيئا أو اشتراه بما لا يتغابن الناس في مثله باطل كما يبطل
هبته وصدقته وأما في قول أبي حنيفة فذلك جائز كله إذا كان بيعا
أو شراء وإن كان هبة أو صدقة لم يجز إلى هنا لفظ الكرخي والحاصل ما
ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في أول باب من العبد
المأذون وبيعه بما لا يتغابن الناس فيه جائز إلا أن حابى
في قولهم جميعا لأنه يحتاج إلى التجارة والتحرز عن الغبن اليسير لا يكون
ممكنا لأن الغبن اليسير نقصان فيه يدخل تحت تقويم المقومين
ولو كلفناه الاحتراز عنه لينقطع عن التجارة على موجب الإذن فلا
يحصل مقصوده ومقصود المولى حينئذ وهو الربح لأن ذلك لا يحصل
عادة إلا عند مباشرة أنواع التجارة كيف ما يتفق وكذلك بما يتغابن
الناس فيه في قول أبي حنيفة إن كان عليه دين أو لم يكن ولا يجوز في قول
أبي يوسف ومحمد لأنه بمنزلة الهبة ولا تجوز هبته ولا صدقته وكذلك

ولا يجوز هبته مثل المكاتب والصبي والمعتوه المأذون له في التجارة
فهو على هذا الاختلاف وجه قولهما أنه تبرع فلا يدخل [illegible]
لأنه تمليك شيء لا يقابله شيء حقيقة فلا يصح إلا ممن يصح منه
التبرع ولهذا لا يصح من الوصي والأب في مال الصغير ولا من
المريض مرض الموت في حق الغرماء والورثة ووجه قول أبي حنيفة
أنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو [illegible] التاجر [illegible]
غضبه لإطلاق اللفظ ويجوز تفسيره بالغرض لأن إعمال بعض
الكلام أولى من إبطاله لدلالة على أنا إذا لم نجد خلوه عن الغرض
فإن التاجر في العادات إنما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه ويباشره
على وجه فيه غبن ليتوسل إلى غرض لا طريق له إلا بيع ما عنده ويحتمل (هامش: ويحتمل ليبيع ما عنده)
القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فيحتاج إلى
أن يبيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله ولا يستربح عليه وهذا
معهود من التجار فكان من عمل التجارة فملك ما هو من صنيعهم ألا ترى
أنه يملك الهبة اليسيرة والصدقة اليسيرة لكونه معتادا في التجارة
فلأن يملك هبة في ضمن معاوضة هو معهود التجار أولى وهذا بخلاف
الأب والوصي والمريض لأنا إنما ندعي هذا في حق من يملك التجارات
على الإطلاق وهؤلاء لا يملكون التجارات على الإطلاق فإن منع الإطلاق
لا يصح لأنه تصرف يحتمل الحجر لا يكون [illegible] ولئن سلم النيابة فالنيابة
مطلق فيعتبر فيه إطلاقه فيجري مثله الوكيل بالبيع المطلق ولا يلزم
أن في الوكيل بالشراء يتقيد بالعرف وههنا لا يتقيد عنده لأن ثمة
إنما يتقيد باعتبار التهمة لأنه يرجع بالعهدة على الموكل فلو اشترى شيئا لنفسه
لم يوافقه يريد إلحاقه بالموكل حتى لو كان الوكيل اشترى بنفسه
لا يتقيد ولا تهمة فيما نحن فيه لأنه لا يرجع على المولى بالعهدة وربما الغبن اليسير
من الفاحش حتى في فصل الوكالة بالبيع مركبا بالوكالة **قوله**
ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال ذكره تعريفا لقاعدة علم
القدوري قال في شرح الكافي في باب إقرار العبد في مرضه وإذا حابى
في مرضه ولا دين عليه ثم مات فالمحاباة جائزة لأن هذا ليكون محاباة
من المولى لأن المال للمولى وهذا يصح ذلك إذا كان عليه دين يحيط بماله الدين
فإن [illegible] بالدين بحق المحاباة لأنه يلاقي حق الغرماء وليس
بسبيل من إبطال حق غرمائه وإذا لم يكن عليه دين يلاقي حق المولى
وهو بسبيل من إبطال حقه لتسليطه على فعله هذا إذا حابى المأذون
في

في مرض موته والمولى صحيح أما إذا حابى في مرض موت المولى فبيانه
ما قال في شرح الكافي في أول هذا الباب وإذا أذن الرجل لعبده
في التجارة ثم مرض المولى فباع العبد بعض ما كان في تجارته
أو اشترى شيئا فحابى في ذلك ثم مات المولى ولا مال له غير العبد
وما في يده فجميع ما فعل العبد من ذلك ما يتغابن الناس فيه
وما لا يتغابن فيه جائز في قول أبي حنيفة من ثلث مال المولى لأنه يتصرف
بتسليط المولى وإنه يلاقي حق المولى فيجعل ذلك محاباة منه
وهو مريض فيجعل منه وكذلك على قولهما فيما يتغابن الناس فيه وكذلك
إن كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده لأن حال العبد لم
يتغير إنما يعتبر حال المولى فكان وصية منه بعد الدين من
الثلث فإن كان على المولى دين يحيط برقبته وبما في يده ولا مال
له غيره لم يجز من محاباة المولى شيء لأن الوصية مؤخرة عن الدين
ويقال للمشتري إما أن تنقض البيع أو تسترد المحاباة ولو كان
الذي حاباه العبد بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة في جميع
الوجوه لأن هذا وصية من المولى كذا في شرح الكافي **قوله** وله
أن يسلم ويقبل السلم أي للمأذون ولاية عقد السلم كيف ما شاء إن
شاء يكون رب السلم وإن شاء يكون مسلما إليه وذكره أيضا تعريفا و
الحاصل أن المأذون يفعل ما كان من صنيع التجار وما لا فلا وهذا لا
يفعل الأموال ولا يقرض ولا يعتق على مال إلا إذا أجاز المولى ولا دين
عليه فإن كان عليه دين يجوز بإجازة المولى ويضمن المولى قيمته للغرماء
قوله وله أن يرهن ويرتهن أي بمال العبد أي في مخصوصه وذلك
لأن الرهن والارتهان من توابع التجارة فإن الرهن إيفاء الحق و
الارتهان استيفاء الحق والمأذون له يملك التجارة وما كان من توابع
التجارة فيملكها ويعير ويترخص **قوله** ويملك أن يتقبل الأرض
ويستأجر الأجراء والبيوت ذكره تعريفا على لفظ القدوري و
المراد من تقبل الأرض استئجارها فله أن يستأجر الأرض
والبيوت والأجراء لأن كل ذلك من عادة التجار ولأن الاستئجار تجارة
لأن المنافع مال وإنه يملك شرى الأعيان فيملك شرى المنافع ولأنه
من ضرورات التجارة لأنه يحتاج إلى أن يعمل بنفسه وبغيره إذا ملك
عموم التجارات قال فخر الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وأما إذا
كان المأذون ما لكبير ويتقبل الأرض فيأخذها مزارعة كما يأخذ الحر
مزارعة

لان اجر الارض جزء من اركان المزارعة [illegible] البذر من عمله فهو استئجار للارض
وان كان من قبل رب الارض فهو اجارة لنفسه وانه يملك كلا الوجهين فليس له
ان يدفع طعاما الى رجل ليزرعها ذكره لكن في جواز الدفع بالنصف
لا يصير قرضا ولم يثبت العوض لان القرض تبرع وانه لا يملك التبرع
ولو فعل مع هذا اشار هنا ان الخارج يكون للمزارع حيث جعله قرضا
ولو اقرضه نصيبا في الجواز هكذا ان الخارج يكون للمزارع لانه ملكه بحكم
القرض وقد ذكر في المزارعة ان الحر لو دفع بذرا الى اخر ليزرعه
في ارضه بالنصف ففعل يكون الخارج لصاحب البذر وعليه اجر مثل
عمله وارضه فعلى المسألة روايتان فعلى رواية المزارعة الخارج لصاحب
البذر وفي رواية المأذون الخارج للمزارع ودفع البذر يحتمل الوجهين
الاقراض واستئجار العامل والارض ان دفع البذر ليزرعه له بعد
ابقائه على ملكه فيكون العامل عاملا له بشرط النصف فيكون استئجارا
له ولارضه وان دفع البذر ليزرع العامل لنفسه يكون قرضا
له ففي رواية اعتبر القرض وفي رواية اعتبر الاستئجار وروي عن محمد
عن ابي حنيفة انه ان دفع البذر اليه وقال ازرع لي وكذا فالخارج يكون
الخارج له وان قال لتزرع لنفسك يكون الخارج للمزارع فمسألة الكتاب
على هذا ومن المشايخ من جعل الجواب لاختلاف وضع المسألة فوضعها في
المزارعة في الحر فيصح تسليطه على ماله الا انه يصير غاصبا له
على ملكه ووضع المسألة في المأذون والعبد فلم يصح تسليطه على ماله اصلا فكان
فصار الدافع غاصبا فكان غصبه وزرعه لنفسه كذا في شرح
الكافي قوله وله ان يشارك شركة عنان ولا يدفع المال مضاربة
وما جوزها ذكره ايضا تفريعا على مسألة القدوري والاصل ان كل ما كان
من التجارة او من توابع التجارة يملكه المأذون وما لا فلا وانما قيد
شركة العنان لان المفاوضة المملوك ليس اهلا لها لما يجيء من كان لا يجوز
لانه لا يملك الكفالة والتبرع الا ترى الى ما ذكر الكرخي في مختصره
وقال فالواجب فيها ليس للعبد المأذون ان يشارك رجلا حرا او عبدا شركة مفاوضة
ولو اذن لهما الموليان في ان يفاوض العبد ان يكون مفاوضة وكان شركة
عنان في جميع التجارات وقال الكرخي في كتاب الشركة من مختصره
واذا اشترك رجلان احدهما مسلم والاخر عبد او مكاتب او ذمي او حربي
او حر مرتد او صبي مأذون له في التجارة شركة مفاوضة لم تصح وكان
شركة عنان وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فصل ذكر في الذمي
[illegible]

فانه لا يصح مفاوضة ان كان شريكه مسلما ولا يجوز بحال في قول ابي يوسف
بين المرتد والذمي وقال محمد بن الحسن في قياس قول ابي يوسف انه يجوز
شركة المسلم والمرتد مفاوضة الى هنا لفظ الكرخي وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب ما يجوز لهما دون ان يفعله
واذا اشترك العبدان المأذون لهما في التجارة شركة عنان على ان يشتريا
بالنقد والنسيئة بينهما نصفان لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد
لان في النسيئة معنى الكفالة وقد ذكرنا قبل هذا ان التوكيل من العبد
في شراء الشيء نسيئة لا يجوز ويصير مشتريا لنفسه لا على الشركة ولكن
لهذا لا يبطل شركة العنان لانه مما يحتمل الخصوص وان اذن لهما
المولیان في ذلك ولا دين على العبد فهو جائز لانه يملك الكفالة باذن
المولى فيملك ما فيه معنى الكفالة ايضا بامره قوله وله ان يواجر
نفسه عندنا وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة
القدوري قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ويواجر نفسه فيما
بدا له من الاعمال وهذا قول علمائنا وقال الشافعي لا يواجر نفسه وله
ان يواجر نفسه بلا خلاف وجه قوله انه لا يملك العقد على نفسه بان باعها
او رهنها فكذا لا يملك العقد على منافعها لان المنافع تابعة للعين ولنا
انه آجر ما دخل تحت الاذن فيجوز قياسا على ما لو آجر شيئا من كسبه لانه لما اذن
له التجارة الا في نفسه ومنافعه فيكون نفسه ومنافعه داخله
تحت الاذن الا ترى انه يملك اتلاف منافعه بالتصرف من غير عوض
يحصل للمولى فلان يملك اتلافها بعوض يحصل للمولى اولى ولانه متصرف
لنفسه فيملك اجارة نفسه قياسا على المكاتب وعلى الحر وانما
يتصرف لنفسه لانه يتحرر بحكم فك الحجر لا بحكم النيابة ولان من ملك
اجارة الدواب والعبيد ملك اجارة نفسه كالمكاتب فان قيل
عقد على الرقبة فلا يملكها العبد كما لا يملك بيع رقبته ورهنها قلنا
لا نسلم انها عقد على الرقبة بل هي عقد على المنافع ولا يلزم من عدم
جواز بيع الرقبة والرهن عدم جواز الاجارة الا ترى ان المكاتب
لا يملك بيع رقبته ورهنها فيملك اجارتها وكذلك الحر ولان الاذن
يتضمن جواز التصرف في البيع والرهن يوجب الحجر والحجر ضد الاذن
فلا يثبت بطريق الاذن اما البيع فانه يزيل الرقبة عن ملك المولى
فيخرج عن الاذن المبني على الملك واما الرهن فانه حبس لاستيفاء
الدين فانه ينافي المقصود بالاذن وهو التجارة لتحصيل الربح

بخلاف الاجارة فان الوقف لا يزيل عن ملك المولى بالاجارة فلا يحجر بها
لانها من العقود التي يستوفى بها المال فدخلت تحت الاذن وليست
الاجارة مثل النكاح لان النكاح لم يدخل تحت الاذن لانه ليس بتجارة
ولهذا لو زوج امة من كسبه لا يجوز والاجارة تجارة فدخلت تحت
الاذن كالاجارة كذا ذكره الاترازي انه لو باع نفسه باذن المولى صار محجورا
ولو آجر نفسه باذن المولى لم يصر محجورا قوله فان كان اذن له في نوع
منها دون غيره فهو ماذون في جميعها اي قال الصدر في مختصره
وهذا استحسان والقياس ان يكون ماذونا في ذلك النوع كذا في شرح الاقطع
قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه قال اذا اذن الرجل لعبده
ان يقعد قصارا او صباغا فقعد صار ماذونا في التجارات كلها وهذا
مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر والشافعي يصير ماذونا في التجارة التي
اذن له فيها وفيما لا بد له من التجارة فيه وعلى هذا الاختلاف اذا قال
اذنت لك في التجارة في البز فعند علمائنا الثلاثة صار ماذونا في الانواع
كلها وعندهما يصير ماذونا الا في البز خاصة وعلى هذا الخلاف اذا قال
اذنت لك في التجارة في مكان كذا او في سوق كذا فانه يصير ماذونا في الاماكن
كلها والاسواق كلها وعندهما لا يصير ماذونا الا فيما اذن له خاصة
واجمعوا انه اذا قال لعبده كاتبتك بالف درهم على ان تتجر في البز
او في مكان كذا او سوق كذا فانه يصير ماذونا في الانواع كلها وفي الاماكن
كلها والاسواق كلها ويبطل التخصيص الى هنا لفظ خواهرزاده وقال
برهان الدين الاجل الصدر الكبير صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن
مازه البخاري في طريقته الخلافية اذا اذن له في نوع يصير ماذونا
في الانواع كلها عندنا وقال زفر والشافعي لا يصير ماذونا في الانواع
كلها الا فيما نص عليه وما هو من ضروراته وصورته رجل قال
لعبده تصرف في الخز فسكت او قال تصرف في الخز ولا تتصرف في البز
عندنا يملك التصرف في الخز والبز جميعا وعندهما لا يملك الا الذي نص عليه
واجمعوا على ان الاذن في نوع من التجارة لا يكون اذنا في جنس اخر نحو
المناكحة وغيرها واجمعوا على ان الوكيل بالتصرف في نوع لا يكون
وكيلا في الانواع كلها الى هنا لفظ الطريقة وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا بناء على اصل وهو ان الاذن توكيل
وانابة او هو اطلاق وفك الحجر فعند الشافعي توكيل وانابة فيقتصر
على موضع الانابة وعندنا اطلاق وفك الحجر فان العبد اهل للتصرف

ولكنه

ولكنه مع قيام الاهلية حجر عن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر
لحق المولى فينفذ اطلاق المولى التصرف بحكم اهليته على العموم
لقيام اهليته على العموم ويكون بمنزلة المكاتب عند
اطلاق المولى وينبني على ما عزي الى زفر في ان العبد فيما يتصرف
بعد الاذن يتصرف للمولى ام لنفسه فعنده يتصرف للمولى فلا يلزم
المولى حكم تصرفه الا بقدر ما اذن له وعندنا يتصرف لنفسه
وحكم التصرف يقع لنفسه فلا يتخصص من المولى تصرفا
على غيره في غير موضع الولاية فلا يصح كذا في شرح الكافي ومنه
ولهما ان العبد يستفيد الولاية من جهة المولى فيختص بما
اذن له فيه كما في الوكيل والمضارب ولهذا لو اذن له ان
يشتري طعاما للكسوة او لحما للقوت لا يكون ماذونا
الا فيما اذن له خاصة ولهذا لم يكن له ان يتزوج بهذا الاذن في
التجارة ثم اعلم ان الاذن توكيل لا فك الحجر ولنا ان العبد يتصرف لنفسه
باهليته لنفسه لوجود دليلها الا انه للتصرف يفتقر الى كونه عاقلا
بالبلوغ وكونه محتاجا الى تحصيل اسباب البقاء الا انه صح ذلك منع
التصرف لحق المولى فكان محجورا عليه لئلا يلحق المولى ضرر
بسقوط منافع العبد فاذا اذن له المولى في نوع رضي بتحمل الضرر واذا
رضي به فقد ازال المانع عن التصرف فسقط حق المولى اصلا لانه
لا يتجزأ في تعطيل المنافع في هذا النوع وفي نوع اخر فظهر
مالكية العبد للتصرف في كل نوع فملك التصرف باهليته لنفسه
لا للمولى ولهذا اذا اشترى لنفسه شيئا يجب الثمن في ذمته
ويطالب به دون المولى الا ترى انه لو مات العبد بعد الشراء
ولم يترك شيئا لا يكون للبائع ان يطالب المولى بالثمن ولو كان الاذن
ليس بتوكيل وانابة بل هو فك الحجر واسقاط الحق كالكتابة
فلو كان متصرفا لمولاه لكان العهدة عليه ولان الاذن يصح مع
جهالة التصرفات فلو كان انابة وتوكيلا لم يصح لان جهالة
الماذون به مانعة لصحة الامر وانما لم يملك العبد النكاح بهذا
الاذن لانه ليس بتجارة فما دخل تحت الاذن لانه لم يوجد
ما جعله في الداخل تحت الاذن هو التجارة وتوابعها والنكاح
ليس من قبيل التجارة فلا يملكه قالوا تصرف مستفاد بالاذن من
جهة آدمي فوجب ان يكون مقصورا على موضع الاذن كما لو قال

والمضاربة والبضاعة وجوابه ان هذه الاشيا لا يجوز ان تقع الا في
الا في مال رب المال فجاز ان يتخصص بتخصيصه والاذن في التجارة يجوز
ان يقع عن محض ماله عليها لم يتخصص بماله لم يتخصص بتخصيصه بخلاف
ما اذا اذن له ان يشتري ثوبا لا للربح بل للكسوة او طعاما للقوت حيث
لا يكون ماذونا له في التجارة استحسانا وفي القياس يكون ماذونا لانه اذن
في التجارة غايته ما في الباب انه خصص والتخصيص لا يعمل في الاذن عندنا
وجه الاستحسان الضرورة والضيق على الناس لانه لو جعل ماذونا له بهذا
القدر لضاق الامر على الناس ووقعوا في حرج لانه لو ثبت كونه
ماذونا له بالاذن في شرا جبن وبقل بفلس لصح اقراره حينئذ بكل
نفسه بمال عظيم يستوفى به كل رقبته وكسبه فلا يتجاسر اهله
بعد ذلك على استخدام المملوك خوفا من ذلك فيتعطل مصالحهم فلهذه
الضرورة لم يجعل الاذن في كل شي اذنا عاما بل جعل ذلك استخداما
وتوكيلا والحاصل انه متى فوض اليه عقودا مكررة كان ذلك اذنا في
التجارة لان الربح يحصل بالعقود المكررة وان فوض اليه عقدا واحدا
لا يكون كان استخداما ولم يكن اذنا في التجارة وقال شيخ الاسلام علاء الدين
رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد وبعض مشايخنا يقول ان العبد
الماذون له في التجارة متصرف للمولى ولكن مع هذا الاصح التقييد
لان العبد عند التصرف يلتزم منفعة للمولى كقبول الهبة والاحتطاب
واشباه ذلك وانما لا يملك الهبة لمكان الضرر فمتى اذن في نوع من
ذلك الضرر والمانع هو ضرر لم يرض به فمتى سقط المانع التحق جنس
هذا بالتصرفات النافعة فكان مسلما منه الا انه يبقى هذا القدر
انه رضي بالضرر مقيدا بنوع وهذا التقييد باطل لانه لا يفصل بين
الضرر الذي يتنوع لحوقه بالمولى ليس الا استحقاق رقبته وكسبه
بالدين وهذا امر لا يتفاوت في نوع دون نوع وهي ما يطلبها
المعتمد ففي قوله اذنت لك ... هذا دليل مطلق ...
مطلقا قال شيخ الاسلام وهي طريقة حسنة لبعض مشايخنا والثاني
يعلم في شرح طريقة الحلاوي والباسطي ان شا الله تعالى **قوله** قال
اذن له في شي بعينه فليس بماذون له اي قال القدوري في مختصره
وهو استحسان والقياس ان يكون ماذونا وهو قول زفر فقال هذا
قال الكرخي في ذلك مثل ان يرسله المولى ليشتري له ثوبا او لحما بدرهم
او قال اشتر لي ثوبا لكسوة للمولى او العبد او لبعض اهل المولى

اذا شرا

او امره ان يشتري طعاما رزقا للمولى او لاهله او لعبيده فليس هذا
باذن في التجارة في الاستحسان الا ترى ان هذا لو كان اذنا من المولى في التجارة
لكان الرجل اذا امر عبده ان يشتري له بقلا فاشترى له كان ينبغي
ان يكون هذا اذنا منه في التجارة وهذا قبيح لا يستقيم وكذلك لو قال
اشتر لي من فلان ثوبا او قطعة قميصا او استقرض منه طعاما فكل
فعل كلف هذا باذن وهذا بمنزلة الاول وكذا ذكر الكرخي في مختصره
قوله فلا يجب اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر كذا او قال ادّ الي الفا
وانت حر قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه واذا قال الرجل
لعبده ادّ الي الغلة كل شهر ~~ولا سبيل له اذا الغلة~~ خمسة دراهم
كان هذا اذنا له في التجارة وذلك لانه امره باداء الغلة كل شهر ولا
سبيل له الى اداء الغلة كل شهر الا بالكسب فصار كانه قال اكتسب وادّ الي
الغلة ولو قال اكتسب وادّ الي الغلة صار ماذونا له في التجارة لان في
التجارة اكتساب المال وكذلك لو قال له اذا اديت الي الفا فانت حر فهذا
اذن له في التجارة لانه امره باداء الالف وحرضه على ذلك حيث علق
العتق به وبدون التجارة لا يتمكن من الاداء فيكون ماذونا بمقتضى الشرط وانما كان كذلك لانه
لا سبيل له الى اداء الالف الا بعد الاكتساب ولا يعتق ما لم يود الالف
لانه علق عتقه باداء الالف لان اذا للشرط فاذا ادى الالف
الى المولى هل يرجع المولى بالف اخرى قال خواهر زاده فالواجب على
التفصيل ان ادى الفا اكتسب بعد هذه المقالة عتق بها ولم يرجع
المولى عليه بشي وان ادى الفا كان عند العبد قبل ان قال له المولى
هذه المقالة فانه يعتق باداءها ويرجع المولى عليه بالف درهم وكذلك
لو قال له المولى ادّ الي الفا وانت حر فانه يصير ماذونا ايضا
ولا يعتق ما لم يود قال خواهر زاده في شرحه هكذا ذكر في الكتاب
ولم يحك فيه خلافا وقد ذكر محمد هذه المسئلة في كتاب العتاق في
الكبير بلا خلاف ثم قال خواهر زاده فيحتمل ان يكون ما ذكر في الكتاب قول
ابي يوسف ومحمد فاما على قول ابي حنيفة يعتق في الحال قبل الاداء
وجعلوا هذه نوعا لمسئلة ذكرها في كتاب الطلاق وهي ان
المراة اذا قالت لزوجها طلقني ولك الف درهم فطلقها الزوج يقع
الطلاق بغير شي ولم يستحق الالف بالطلاق وعندهما يستحق بالطلاق
فيحتمل ان يكون هذا على ذلك الخلاف ويحتمل ان يكون ما ذكر في الكتاب
قولهم جميعا فيحتاج الى الفرق بين هذه وبين مسئلة الطلاق

الشروط
والمعروف ان المتعلق بالاجر انما هو الحرية ههنا والمتعلق الحرية بسائر
جائز فيما يتعلق بها بالامر والمعلوم في مسئلة الطلاق هو المال ولكن لو
يتعلق الاكل بسائر الشروط فلم يكن لها سبقه بالاجر ايضا في المال في تعلق في
مشروط حواهرها ده قوله لانه اذن بشرا ما لا بد لها منه وهو نوع
اذن من اي لان الامر بالقعود صباغا او قصارا للعبد بشرائه ما لا بد
للصباغة والقصارة منه وشرا ما لا بد منه نوع من انواع التجارة فكان
امرا ماذونا في نوع من انواع التجارة والاذن في نوع منها اذن في جميع
الانواع عندنا لوجود فك الحجر عليها مر قوله فان اقر العبد
الماذون بالديون او الغصوب جائز قال القدوري في مختصره والاصل
في هذا الباب ان اقرار العبد الماذون بدين التجارة جائز ولا يجوز
اقراره بما ليس من التجارة لان الاقرار بدين التجارة مما لا بد للتاجر
منه فيصير داخلا تحت الاذن وما دخل تحت الاذن فهو كالحر في ذلك بمنزلة
الحر اما الاقرار بما ليس بتجارة ولا للتجارة منه بد فلا يدخل تحت الاذن
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اذا اذن الرجل لعبده
في التجارة فما لحقه من دين التجارة او غصب او وديعة جحدها او عارية
جحدها او دابة عقرها او اجر اجير او مهر جارية اشتراها فوطئها
فاستحقت فهو عليه يباع فيه الا ان يفديه مولاه قال الاصل ان العبد
الماذون يواخذ بضمان التجارة وما هو في معنى التجارة سواء كان ثبوتها
ببينته او اقرار اما البينة فظاهر وكذلك بالاقرار
لان الاقرار بالتجارة من ضرورات التجارة لان التجارة قد يقع بغير
حضرة احد فيحتاج الى ان يخبر بذلك فلو لم يقبل امتنع الناس من التجارة
معه فلا يحصل مقصود المولى من الاذن بالتجارة حسب الاذن او هو
في الحقيقة اخبار عما يلزمه بسبب التجارة من تسليم المبيع او لزوم
الثمن ومن يملك شيئا يملك الاخبار به وكذلك يصح اقراره بضمان
الغصب لانه في معنى ضمان التجارة لانه ضمان يفيد الملك في المضمون
ولان التجار قد يشتري عليهم شيء فيتبين انهم دفعوا الى الغاصب
فيحتاج الى ان يخبروا عن ذلك وكذلك قد يخفى عليهم وديعة او عارية
عندهم فيشكون انهم يقرون بها فصار هذا كله من جملة التجارة
وكذلك يواخذ بضمان الاستهلاك وهذا على وجهين اما ان يقر
باستهلاك ثبت بعينه او باستهلاك ما ثبت بيد العبد فان اقر
بغصب مال واستهلكه بعد ذلك فهو اقرار بالغصب فيواخذ به وان اقر
فاستهلاك

باستهلاك مال ابتداء فالقول على قياس ابي يوسف لا يواخذ به وعند
محمد يواخذ به واصله ان ضمان الاستهلاك هل يعتبر لكن
في المستهلك عند محمد يعتبر فيصير نظير ضمان التجارة فيواخذ به
وعند ابي يوسف لا يعتبر فيصير نظير ضمان الجنايات فلا يواخذ به
في الحال في قول ابي يوسف ويواخذ بمهر جارية اشتراها ووطئها ثم استحقت
ببينته او اقرار لان هذا الضمان تفرع من الشرا فانه لولا الشرا
لوجب عليه الحد وانما لزمه العقر بسبب الشرا فلما كان وجوب
العقر بسبب الشرا صار بمنزلة الثمن والشرا داخل تحت الاذن وما
دخل تحت الاذن فالعبد والحر فيه سواء بخلاف ما اذا اقر بمهر
بسبب النكاح بغير اذن المولى فانه لا يواخذ به للحال بل يتاخر الى
ما بعد العتق لما قبل الاذن لان هذا المهر يجب بسبب هو تجارة
لان النكاح ليس بتجارة فاذا لزمه الدين بهذه الاسباب يقضي
من كسبه ان كان في يده وان لم يف يباع رقبته بالدين سواء كان دين التجارة
او دين الاستهلاك وعند الشافعي لا يباع رقبته الا في دين الاستهلاك
وسيجي بيان الخلاف بعد هذا ان شاء الله تعالى وقال الامام الاسبيجابي في
شرح الطحاوي العبد لا يخلو اما ان كان ماذونا او محجورا عليه
فان كان محجورا عليه فانه يواخذ بافعاله دون اقواله الا فيما يرجع الى
نفسه كالقصاص وحد الزنا وحد الشرب وحد القذف فانه يصح
اقراره فيها وحضور المولى ليس بشرط هذا اذا اقر فاما اذا قامت
عليه البينة فحضرة المولى شرط عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف ليس بشرط ولو استهلك مالا فانه يواخذ به محجورا عليه كان
او ماذونا له واما الاقرار بالجناية التي توجب الدفع او الفدا
فانه لا يصح سواء كان ماذونا له او محجورا عليه واما الاقرار بالدين
او الغصب او الاقرار بعين مال في المحجور لا يصح وفي الماذون له
يصح ويواخذ به للحال والماذون له اذا اقر بمهر امراته وصدقته
المراة فانه لا يصح في حق المولى ولا يواخذ الا بعد الحرية ولو اقر
بافتضاض امراة بالاصبع فعند ابي حنيفة ومحمد هذا اقرار
بالجناية ولا يصح الا ان يصدقه المولى وعند ابي يوسف هذا اقرار
بالمال فيصح كذا في شرح الطحاوي قوله قال كان في مرضه تقدم
دين الصحة قال في اخر كتاب الماذون من شرح الطحاوي واذا اقر العبد
الماذون له في مرض موته بدين جاز اقراره الا ان الدين الذي ثبت في الصحة

ينبغي ان يصح اذا كان [illegible] ... [illegible]

والعوض الذي يثبت بالعقد اولى وما بقي من ذلك يصرف الى الذي
يثبت باقراره **قوله** كالاقرار بما يجب من المال الا بسبب التجارة
يعني ان اقرار الماذون بذلك ليس بجائز حتى لا يؤاخذ به في الحال
وذلك كالاقرار بمهر امراة بسبب النكاح وتقدمت بيانه آنفا
فوق حقه اي في ما يجب من المال الا بسبب التجارة **قوله** فان ليس
له ان يتزوج اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يتزوج
ما لكه وذلك لان الاذن يتناول ما هو من التجارة والنكاح ليس بتجارة
فيبقى على اصل الحجر قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قالوا
جميعا ليس للعبد الماذون ان يتزوج بغير اذن مولاه لان هذا
ليس من التجارة وليس مما اذن فيه المولى ويفرق بينهما ولا يكون
النكاح فيه لعبده الى هنا لفظ الكرخي قال صاحب الهداية وعلى
هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب
والوصي يعني ان هولاء المذكورين لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق
ويملكون تزويج الامة عند ابي يوسف وعندهما لا يملكون تزويجها ايضا
وقال الكرخي في كتاب الشركة في مختصره في باب ما يجوز لاحد شريكي العنان
ان يفعله ولا يزوج عبدا ولا امة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يزوج الامة خاصة وقد ذكرنا الرواية عن شرح الكافي
في كتاب المضاربة ان المضارب يكون له تزويج الامة عند ابي يوسف ولا يكون
عندهما وقد بيناه قبل هذا في باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله رواية
الجامع الصغير اذا زوج عبدا ابنه لم يجز وان زوج امة ابنه فهو جائز اي الابن الصغير
والوصي بمنزلة الاب يعني ان تزويج الاب او الوصي امة الصغير
يجوز بلا خلاف وقال الحاكم الشهيد في كتاب النكاح من مختصر الكافي
وللاب ان يزوج امة ابنه الصغير وكذلك الوصي وللمكاتب
ان يزوج امته وليس للعبد الماذون ولا للصبي الماذون له في التجارة
ان يزوج امته في قول ابي حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة وكذلك المضارب
والشريك شركة عنان ويجوز ذلك في قول ابي يوسف الى هنا لفظ
الحاكم ثم اعلم بذلك ايضا ان اصحابنا جوزوا تزويج الاب والوصي امة الصغير
من غير خلاف وقال شمس الائمة السرخسي في باب نكاح العبد والاماء من
شرح الكافي الذي هو مبسوطه واذا زوج الاب عبد ابنه وهو صغير
فهو غير جائز وكذلك الوصي واذا زوج امة اليتيم وكذلك المكاتب
اذا زوج امته وكذلك المفاوض اذا زوج امة من الشركة لان تزويج الامة

من عقود

من عقود الاكتساب فانه يكتسب به المهر وتسقط به نفقتها عنه وهو اي
الاربعة يملكون الاكتساب اما المكاتب فهو منفك الحجر عنه في اكتساب
المال واما الاب والوصي فانهما امرا بالنظر لليتيم وعقد الكتابة
انعام من النظر واما المفاوض فلانها عقد المفاوضة الاكتساب بالمال
ولا يملك هولاء تزويج العبد لانه ليس فيه اكتساب المال بل فيه تعلق
العبد وشغل رقبته بالمهر والنفقة من غير منفعة لهم في ذلك
ثم اعلم بذلك عدم الخلاف في تزويج الاب والوصي يستفاد من هذه الروايات
الصحيحة المعتمد عليها ان ما ذكر صاحب الهداية في هذا المقام
من الخلاف بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف في تزويج الاب والوصي
امة الصغير نظر الا ترى الى ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في باب نكاح
الرقيق من مختصره واما رقيق المكاتبين فلهم ان يزوجوا الاماء
دون العبيد وكذلك الاب والجد ووصي الاب ووصي الجد في رقيق الصغير
وكذلك المفاوضان في رقيق تجارتهما يجوز تزويجهما الاماء ولا يجوز
في العبيد فاما الماذون والشريك شركة عنان والمضارب فلا يجوز
تزويجهم في عبد ولا امة في قول ابي حنيفة ومحمد لان ذلك ليس من التجارة
ويجوز عند ابي يوسف في الاماء الى هنا لفظ الكرخي وقد ذكر صاحب الهداية
نفسه ايضا بلا خلاف في كتاب المكاتب ان تزويجها امة الصغير
جائز وهو الصحيح لا ما ذكره في هذا المقام **قوله** قال في الكتاب
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يعتق على مال ولا يهب
بعوض ولا بغير عوض الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف
من يطعمه وفي بعض نسخ القدوري او يضيف من يعامله وهو المثبت
في شرح الاقطع وانما لم يملك الماذون الكتابة لانه لا يملك الا ما هو تجارة
او ما هو من توابع التجارة والكتابة ليست بتجارة لان التجارة
مبادلة المال بالمال ولم يوجد ذلك في الكتابة لان البدل فيها مقابل
بفك الحجر ولان من يملك شيئا يملك ما هو مثله او دونه ولا يملك ما
هو فوقه والاطلاق في الكتابة فوق الاطلاق في الاذن لان الاطلاق
في الكتابة لازم لا يرد الحجر عليه وفي الماذون غير لازم فهذا
يرد الحجر عليه فان كاتبه واجازه مولاه جاز ان لم يكن عليه
دين لان المولى يملك ذلك بنفسه لانه عبده فيملك اجازته ايضا
وحق قبض بدل الكتابة الى المولى لان العبد كالوكيل من قبل
المولى والوكيل في باب الكتابة رسول فلا يلي شيئا من حقوق العقد

لانه لا يستغني عن ضيافة تفضي الى المؤكل قال في الكفاية لا يبرأ المكاتب
بقبض العبد الا اذا وكله المولى بقبضه وان كان على العبد دين
لم يجز اجازة المولى لانه تعلق به حق الغرماء ولا يملك الاعتاق وعلى قول
ابي يوسف ايضا لانه اذا لم يملك الكتابة لا يملك اجازتها فلان لا يملك الاعتاق على
قال الصدر الشهيد اولى لانه تصرف صار لا ينفذ ازالة الملك في الحال
بدين في ذمة المفلس فلعله يحصل ولعله لا يحصل وفي الكتابة لا
يزول الملك ما لم يوجد اداء جميع بدل الكتابة لان المكاتب عبد ما
بقي عليه درهم قال في شرح الكافي ولو اجازه المولى ان لم يكن عليه دين
جاز وان كان عليه دين جاز ويضمن الاقل من قيمته ومن دينه للغرماء
وان كان غير مستغرق تنفذ عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة لا تنفذ
اجازته لانه لا ملك له فيه ولا يملك الهبة بعوض ولا بغير عوض
لانها ان كانت بغير عوض فهي تبرع ابتداء وانتهاء وان كانت بعوض
فهي تبرع ابتداء معاوضة انتهاء فلا يملكها المأذون له في التجارة التبرع
لانه ليس من اهل التبرع لعدم الملك وكذا لا يملك التصدق قال قاضي خان
وكذا لا يتبرع وكان القياس ان لا يملك الاهداء اي شيء يسير من الطعام
والضيافة بالشيء اليسير لانه تبرع ايضا وهو مذهب الشافعي
الا ان علماءنا استحسنوا في القليل من الطعام الذي يفعل مثله
التجار لانه من عادة التجار ان يطعموا ويضيفوا ترغيبا للمعاملين
ولا ان ينفع فيها بعادة التجار وقال الكثير فلا يوجد فيه تقدرا
المعنى قلت يحتمل وقد روي ان سلمان اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو مملوك فاكل وامر اصحابه معه وعن عمر رضي الله عنه انه سئل عن
العبد يتصدق فقال الرغيف ونحوه كذا في شرح الاقطع قال شيخ الاسلام
المعروف بخواهرزاده في شرح كتاب المأذون الكبير من الاصل لم يقدر محمد
في الكتاب مقدار ما يتخذ من الضيافة فذلك يقدر بما تقرر عند التجار الا انه
روي عن محمد بن سلمة انه ذكر على قدر مال تجارته فان كان مال تجارته مثلا
عشرة الاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة دراهم يجوز يسيرا
وان كان مال تجارته عشرة دراهم كان دانق كثيرا [illegible] جواهرزاده
ثم قالوا اما قيمة الدار دون درهم الزوجة او الامة فانها تتصدق
ويتصدق بالمطعوم على السريم بالعادة من غير عرف وان لم يأذن
الزوج او المولى بذلك لانه من المعروف بين الناس وهذا العرف وكذا روي
عن عمر رضي الله عنه انه سئل هل يتصدق العبد فقال الرغيف ونحوه
ودار

وقال في الغياثية الصغرى العبد المأذون له يملك الشراء اليسير حتى
يملك التصدق بما دون الدرهم ولا يملك التصدق بالدرهم ويملك
اتخاذ الضيافة والاهداء وهذا ليس بمقدر بدرهم بل بما يعده التجار
يسيرا ويملك الذي لا يعدونه سرفا في ما لو لا يصح الا بملكها الاهداء في
غير المأكولات بخلاف نقله عن كتاب التركة من باب خصومة الضعفاء وفي قوله
قال ولا ان يهدي اليسير من الطعام ويضيف من يطعمه اي قال القدوري
في مختصره وعدم [illegible] وهو استثناء من قوله ولا يهب قوله لتقلوب
المجاهرين اراد به المعاملين مع المأذون له من التجار قال المطرزي المجاهر
عند العامة من التجار فكانه اريد المجاهر وهو يسعى التجار بالجهار
وهو فاخر المتاع اي ما يفتخر الى المجاهر كذا في المغرب قوله
قالوا اي قال المشايخ من بعدنا قوله قال وله ان يحط من الثمن بالعيب
مثل ما يحط التجار اي قال في الجامع الصغير وصورة المسألة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يأذن لعبده في التجارة فيبيع عبدا
بالف درهم ثم يحط من الثمن شيئا قال اذا حط من الثمن مثل ما يحط التجار
في التجارة بعيب فهو جائز الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير اعلم ان
الحط على وجهين حط بعذر عيب وحط بلا عيب لو وقع تبرعا وحط لتطليب
قلب المشتري وذكر باطلا ايضا فيما لا يتملك وجائز استحسانا لانه
امر لابد للتجار منه اذا حط مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم اما اذا
حط ما لا يحط التجار في العيب مثله فلا يجوز لعدم الحاجة اليه كما اذا حط
من غير عيب هذا اذا باع ثم حط من الثمن فاما اذا باع بالمحاباة الفاحشة
ابتداء فانه يجوز عند ابي حنيفة لان الوكيل بالبيع يملك البيع بالغبن الفاحش
عنده فلأن يملك المأذون له ذلك اولى لان تصرفه لنفسه لا بطريق النيابة
بل باهليته نفسه لنفسه ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى والقياس
يقتضي ان لا يجوز ذكرهما فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قوله
وله ان يؤجل في دين وجملته ذكره تقريبا قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي في اول باب تاخير العبد المأذون واذا وجب
للعبد التاجر على رجل الف درهم من ثمن بيع او غصب فاخره عنه الى اخر
العبد عنه سنة فهو جائز لانه من عمل التجار لان التجار يفعلون ذلك على غير
المليء ودين لو لم يمهله ويطالبه بدينه لا يتمكن من الاداء وان امهله ربما
يتمكن من الكسب فيكون ذلك طريقا لخروج دينه تجارة ويقع
امرا لله تعالى بذلك لانه حتى كان [illegible] من ضرورات التجارة فدخلت
ولا دل

للمعاملين
الفخم

وليس صالحه على ان اخر عنه بعضه وحط عنه بعضه كان الحط باطلا والتاخير
جائزا لان الحط تبرع والتاخير ليس بتبرع ولكنه من صنيع التجار
فاشبه الضيافة والهدية اليسيرة قوله قال وديونه متعلقة برقبته
يباع للغرماء الا ان يفديه المولى الى آخره قال القدوري في مختصره وقال صاحب
الهداية وقال زفر والشافعي لا تباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع وقال
في شرح الاقطع في مختصر الاسرار وقال الشافعي وديونه متعلقة بذمته
فيستوفى مما في يده من المال ولا يستوفى من كسبه ولا يباع رقبته وقال
في الطريقة البرهانية واجمعوا على ان الرقبة تباع في دين الاستهلاك
وقال الامام علاء الدين العالم في طريقته الخلافية اختلف علماؤنا في رقبة العبد المأذون
تباع بدين التجارة وقال الشافعي لا تباع بل يقال فيها وعلى هذا الخلاف ارش
يد العبد وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش عندنا يصرف الى
الدين وعنده لا يصرف وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره في اول
باب الدين الذي يلحق المأذون في التجارة قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد
ما لحقه من دين من شرى وبيع او استئجار او استيجار او غصب او وديعة
او مضاربة او بضاعة او عارية يجحدها فهذا مثل ذلك او دابة عقرها
او ثوب احرقه او مهر جارية اشتراها فوطئها ثم استحقت فكل ذلك لازم له
يباع فيه الا ان يفديه مولاه قال فيبيع في ذلك القاضي فما ثمنه بالحصص اقتسموه
على قدر ديونهم باقرار كان ذلك من العبد او بينة قامت عليه الى ههنا
لفظ الكرخي وسائر ما ذكر من عقد قوله او اقراره لما دون بالدين القصور
جائز وقال الكرخي في الضابط في اخر هذا الباب واذا اقر العبد المأذون
على عبد اجر او مهر وجب عليه بنكاح جائز او فاسد او وجب عليه
بشبهة نكاح فانه لا يلزمه حتى يعتق فان صدق المولى
جاز عليه ولم يجز على الغرماء وان قامت على العبد بينة انه تزوج
يتزوج امرأة باذن مولاه لزمه المهر تحاص به المرأة الغرماء الى ههنا
لفظه وجه قول زفر والشافعي ان الرقبة خالص حق المولى فلا
يتعلق به حق الا بتعليق المولى فلم يوجد التعليق من المولى لا صريحا
ولا دلالة اما صريحا فظاهر واما دلالة فلان الغرض من الاذن
تحصيل ربح لم يكن لا ابقاء شيء كان وذلك يتعلق الدين بالكسب
فانه على ما عليه الاصل يبقى الدين ولا يخشى عليه الا بما راوه مال
يحصل له بالشراء يتعلق بالكسب وهو اولى بالتعلق لانه يحصل
بسبب هذه التجارة فاما الرقبة فلم تحصل بالتجارة ولا توجد من المولى

اذن

اذن في التعلق بها فلا يتعلق بها اما دين الاستهلاك فلا انضاف في دين التجارة
ولا حاجة الى اذن المولى في تعلقه بها وفي دين التجارة يتعلق باعتبار
الاذن فيختص بمحل تعينه المولى وهو الكسب ولنا ان الدين
واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا
على دين الاستهلاك اما وجوبه على العبد فظاهر واما ظهوره في حق
المولى فلان سبب الدين وهو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا
في حق المولى لا محالة فاذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء
كما في دين الاستهلاك فاما اذا اقر المحجور حيث ثبت الدين عليه ولا
يظهر في حق المولى لعدم اذنه وذلك ان الدين لا بد له من محل يستوفى
منه فاقرب المحال الى استيفاء رقبته لانه وجب عليه وهو مال
صالح للاستيفاء منه ويعني قول الفقهاء وجب عليه ووجب في ذمته ان
الادمي يصير محلا للوجوب عليه بوصف الذمة وانه عبارة عن
العهد ويعنون به ان العهد من الله تعالى لما وجد في حق الآدمي
وحمله امانته وخصه من سائر الحيوانات بان جعله محلا للايجاب
عليه فانه بالمعنى الذي صار محلا لوجوب حقوق الله تعالى صار به ايضا
محلا لوجوب حقوق الناس فاذا وجب عليه وهو مال صار محلا للاستيفاء
منه فيستوفى منه كذا في اشارات الاسرار واذا قيل لو وجب
على العبد بسبب عقد اذن فيه المولى لما استوفى من كسبه كالنفقة
والمهر او يقول دين صح المطالبة به حالة الرق فوجب ان يستوفى
من رقبته كبدل المستهلك عكسه دين الكفالة اذا تكفل بغير اذن
المولى قالوا لو كان مما لو تعلق برقبته باذن سيده لمنع
ثبوته ثبوت مثله فيها كالرهن جوابه ان الرهن انما منع ان يثبت
فيه ما ينافيه لان ثبوته يفتقر الى تجديد قبض وكونه مقبوضا
بالرهن الاول يمنع من تجديد قبضه في الثاني ولان الرهن كان يتعلق بالعقد
بعينه والعين اذا عقد عليها منع من عقد مثله عليها كالبيع
بعد البيع والاجارة بعد الاجارة وفي مسألتنا الدين انما في ذمته
فيصير كالجناية اذا تعلقت بالرقبة لم يمنع من تعلق جناية اخرى
كذا في مختصر الاسرار ثم انما يعتبر الاذن في التعلق بالرقبة اذا لم
يوجد الكسب فاذا وجد الكسب يتعلق به الدين فيستوفى منه لانه
امكن استيفاء الحق بدون تفويت الرقبة فكان فيه نظر لجانب
المولى والغرماء جميعا فاذا ثبت ان الدين متعلق بالرقبة تباع فيه
كالرهن

فان فداه المولى فالدين لم يكن لهم بيعه بعد ذلك لان حق الغرماء هو الدين
فاذا استوفوه لم يبق لهم حق في المطالبة بالبيع قال صاحب الحصر لانه
وقوله في الكتاب ودين له المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو
في معناها [illegible] فكانا بمعنى العدوى وقوله كالبيع والشراء
نظير التجارة وقوله والاجارة الى اخر ما ذكر نظير ما هو في معنى التجارة
واحترز بقوله دين وجب بالتجارة عن دين لم يجب بها كالدين
الذي لا يسلك يتعلق بالرقبة اجماعا بلا خلاف وقد تقدم بيانه
وهل يباع في المهر فان كان مهر جارية اشتراها فوطئها فاستحقت يباع فيه
لانه تفرع عن الشراء فلولا الشراء لم يجب عليه الحد فان كان المهر وجب
بحمله باجازة نكاح او شبهة نكاح لم يلزمه حتى يعتق ولا يباع فيه
وان ثبت بالبينة انه تزوج باذن مولاه لزمه ويباع فيه وتحاص
المراة الغرماء وقد مرت الرواية عن مختصر الكرخي قبل هذا
وتقدم ايضا بالنفقة في اخر كتاب الطلاق ان العبد اذا تزوج
حرة باذن مولاه فنفقتها دين عليه يباع فيها لانه دين ظهر وجوبه
في حق المولى قوله والاجارة صورته ان المأذون له آجر شيئا ولم يسلمه
وقبض الاجرة حتى مضت المدة وجب عليه رد الاجرة قوله
والودائع [illegible] فانما اذا جحدها [illegible] ذكر الامانة بعد ذكر الوديعة
لانها اعم من الوديعة لشمولها وتشمل العارية والمضاربة والبضاعة
ومال الشركة فهذه الاشياء تصير غصبا عند الجحود ولان المستعير
يصير غاصبا اذا جحد وفي الاستهلاك باحراق الثوب او عقر الدابة ثم اخذ
في ذلك يباع رقبته فيه ونفسه تفصيل سيرد فيه قوله واعوارا الكل دون
بالديون والغصوب جائز وهو انه اذا استهلكه بعد القبض
يؤخذ به وان استهلكه قبله تغلي فيها يقول ابي يوسف او يؤخذ الحال
خلافا لمحمد قوله فان فضل شيء يقسم ثمنه بينهم بالحصص قال القدوري
في مختصره فان فضل شيء من دونه طولب به بعد الحرية
وانما تقسم الغرماء ثمن المأذون بينهم بالحصص لان حقوقهم كانت
متعلقة بالرقبة والثمن بدل الرقبة فيكون متعلقا به ويقبض
كل واحد منهم بقدر حصته من الدين اذا لم يف الثمن بديونهم
كالتركة اذا ضاقت عن ديون وضاقت التركة عن ايفائها يضرب
كل واحد منهم بقدر حقه فكذا هنا فما فضل من الدين يؤخذ به
العبد بعد الحرية لان حقوق الغرماء كانت في الرقبة وقد استوفوها

حره

مرة فيسقط حقهم عنها فيبقى الدين في ذمته فصار كعبد محجور عليه
يؤخذ به بعد الحرية قوله ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا
للضرر عن المشتري ذكره تفريعا على مسئلة القدوري يعني اذا لم يف
ثمن المأذون بالديون لا يباع ثانيا لانه لو جاز بيعه ثانيا بذلك
الدين لامتنع البيع الاول ولم يتقدم عليه احد خوفا من ان يزول
ملكه بعد الشراء ولانه يلزم المشتري ضرر لم يلتزمه وهذا لا يجوز
لانه لم ياذن له في التجارة بخلاف المولى الاول فانه لما اذن له في
التجارة رضي بتعلق الدين برقبته وهذا بخلاف نفقة المراة اذا تزوجها
باذن المولى فانه يباع فيها مرة بعد اخرى لان النفقة تجب شيئا فشيئا
والمهر ليس كذلك فانه اذا بيع فيه مرة فلم يف الثمن به لا يباع فيه
ثانيا لانه بيع بجميع المهر ويطالب بالباقي اذا عتق وقد ذكرنا في باب
النفقة انه ليس في ديون العبد شيء يباع فيه مرة بعد اخرى سوى
النفقة قوله ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده
ويتعلق بما يقبل من الهبة ذكره تفريعا ايضا وذلك لان الاصل
في كسب العبد المأذون اولى بعد لان الكسب للكاسب الا ان يفضل عن حاجته
فاذا كان عليه دين كان مشغولا بحاجته فيتعلق دينه به ولا سبيل
للمولى عليه بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين حيث يكون فارغا عن حاجته
فكان المولى احق به قوله ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده
قبل الدين ذكره ايضا تفريعا اي لا يتعلق الدين به لوجود شرط
الخلوص للمولى وهو فراغ الكسب عن حاجة العبد قال شيخ الاسلام
المعروف بخواهرزاده في شرح المأذون الكبير قال ابو حنيفة وابو يوسف
ومحمد اذا اذن الرجل لعبده في التجارة فاكتسب مالا فاخذه المولى
هل يجب على المولى رد مثله على العبد او رد عينه ان لم يستهلكه فهذا
على وجهين اما ان يكون على العبد دين او لم يكن عليه دين فان لم يكن
على العبد دين فانه لا يلزمه رد شيء على العبد وان لحق العبد دين بعد
ذلك وان كان عليه دين وقت الاخذ كان عليه ان يرد عين ما قبض
الى العبد ان كان قائما بعينه وان استهلكه رد عليه مثله وانما كان كذلك
لانه متى لم يكن عليه دين وقت اخذ المولى ماله حق الاخذ للمولى ان
ياخذ كسب عبده اذا لم يكن على العبد دين فاذا صار آخذا ماله حق الاخذ
صح الاخذ وخرج المأخوذ من ان يكون كسب العبد والتحق بسائر اموال
المولى الا ترى ان العبد لو اراد بيع ما اخذه منه المولى لم يقدر

كما لا يستفاد ان يبيع شيئا من ذلك من اموال المولى فاذا فرغ من ان يكون كسبا له
فالحق بايراد ماله المولى لم يتعلق به دين لحقه بعد ذلك فكذا لا يتعلق
بغير ذلك من اموال المولى فاما اذا كان على العبد دين فلا يأخذ بعد
اخذ فليس له حق الاخذ لانه ليس له ان يأخذ كسب عبده المأذون فاذا
لم يكن له حق الاخذ متى كان على العبد دين صار اخذه كاخذ اجنبي آخر
سواء ولو اخذ اجنبي آخر كان على الاجنبي ان يرد عين ما اخذ ان كان قائما
في يده وان استهلكه رد عليه مثله فكذا هذا **قوله** وله ان يأخذ
غلة مثله بعد الدين ذكره ايضا تفريعا وهذا استحسان والقياس
ان لا يأخذ المولى غلة مثله ايضا اذا كان على العبد دين قال في الاصل
قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا اذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه دين
يأتي على جميع ما في يديه وعلى جميع رقبته فاخذ منه مولاه الغلة
بعد ذلك فجعل يأخذ منه كل شهر عشرة دراهم حتى اخذ منه مالا كثيرا
فان هذا جائز للمولى ولا يرجع الغرماء عليه من تلك الغلة بشيء لان الذي
قبض المولى هو غلته ولو كان يقبض منه مائة درهم كان باطلا وكان
عليه ان يرد على الغرماء ما زاد على غلة مثله انما استحسن هذا الذي
يقبض غلة مثله في كل شهر ان يجيز ذلك فاما اذا قبض منه ما لا يكون
غلة مثله اخذ الغرماء ما زاد من ذلك على غلة مثله الى هنا لفظ محمد
في الاصل وبه صرح شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح المأذون الكبير
وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد اذا اذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه
دين يأتي على جميع ما في يده وعلى جميع رقبته والمولى كان يأخذ منه غلة
مثله كل شهر هل يسلم ذلك للمولى فهذا على وجهين ان كان ما اخذه المولى
من عبده اكثر من غلة مثله كل شهر اذ كان يعمل غلة كل شهر ما كان اكثر
من غلة كل شهر فان الزيادة على غلة مثله لا تسلم للمولى لانه كسب عبد مديون
وما اخذه المولى بغير عوض حصل للعبد فلزمه رد ذلك على العبد
واما غلة مثله فانما تسلم للمولى استحسانا وفي القياس لا يسلم له ويلزمه
رد ذلك على غرماء العبد قياسا على الزيادة على غلة المثل لانه كسب
عبد مديون ولان الدين كما يتعلق بكسب العبد يتعلق برقبته ثم شيء
من الرقبة لا يسلم للمولى اذا كان عليه دين محيط بالرقبة فالكسب يجب
ان لا يسلم له شيء من الكسب وجه الاستحسان ان المولى انما لا يأخذ
كسب عبده المديون اذا لم يقبض العبد بازاء ما اخذ عوضا يعود له
فاما اذا اعطى بازاء ما اخذ عوضا يعدله فانه يملك ذلك الا ترى انه لو اشترى

شيئا من كسبه بمثل قيمته وعليه دين جاز ذلك لانه اخذه بعوض يعدله
فاذا ثبت هذا فنقول غلة المثل اخذها بعوض وهو ما ترك على
العبد من الاستخدام فانه كان للمولى ان يستخدم عبده المديون للديون
فاذا اخذ منه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة فكان آخذا ما اخذ
بعوض يعدله فصح اخذه بخلاف ما زاد على غلة المثل لانه اخذه
بغير عوض وانما كان للمولى استخدام عبده المديون لان للغرماء في هذا
العبد ان كان حقا فللمولى فيه ملك فاذا كان العبد مشتركا بين
اثنين لا يبطل حق المولى فاذا كان لغير محجور حق فاولى ان لا يبطل حق
المولى في الخدمة وذكر في الايضاح والقياس ان لا يجوز قبض الغلة
مع قيام الدين عليه لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب ولكنا
استحسنا اذا اخذ غلة مثله ان يجوز لان فيه نفعا للغرماء لانهم
يتعلقون باكسابه ولا تحصل الاكساب الا بنفاذ الاذن في التجارة فاذا منعنا
المولى من اخذه يحجر عليه في التجارة فتنسد باب الاكتساب **قوله**
لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب يعني ان المولى لو لم يمكن من
اخذ غلة المثل يحجر على العبد حتى يستخدمه فلا يحصل الكسب فيتأخر
حقوق الغرماء الى ما بعد العتق فانه في الباب الاول يباع رقبته
في الدين فيتعدى لكن ربما لا يفي ثمن رقبته بديونهم فيلزم ما قلنا فلا
جرم لا يمنع المولى من اخذ غلة المثل حتى لا يحجر عليه فيتجر ويكتسب
الكسب الذي هو محل حقوقهم فيكون ذلك بدأ قليلا في حق المولى يتوسل
به الى نفع كثير للغرماء فيتحمل ذلك كالهدية اليسيرة والضيافة
اليسيرة **قوله** فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره فيما بين
اهل سوقه اي بالعذر ذكر في مختصر وهذا في الحجر القصدي اما
اذا ثبت الحجر ضمنا فلا يشترط علم اهل سوقه كما في عزل الوكيل حكما
كما اذا باع المأذون او وهبه من رجل فقبضه الموهوب له ينحجر حكما
ولا يشترط علم احد وتمام البيان فيهما قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي فاذا باع العبد المأذون له في التجارة واشترى
فلحقه دين او لم يلحقه ثم ان مولاه اراد ان يحجر عليه فليس يكون الحجر الا
في اهل سوقه ولو حجر عليه في بيته ثم باع العبد او اشترى وهو لا يعلم
علم بذلك فبيعه وشراؤه جائز قال الحجر الخاص لا يرد على الاذن
العام والحجر الخاص يرد على الاذن الخاص وهذا لان الحجر رافع لحكم
الاذن فيجب ان يكون بمثابته لان الشيء يكون منسخا بمثله لا بما فوقه

ولا وجه الى ان يرتفع حكم الاذن في حق من علم لان قيام الاذن في حق العامة
يعارضه فيمنع ثبوت حكمه الا ترى انه لو اذن له فانما يعمه مع
قوم ثم نهاه عن ان يبايع مع قوم نهاه عن المبايعة معهم صح ومنع
الاذن في حق بعض الناس اذنا في حق الكل ابتدا فلان يبقى حكم الاذن
في حق الكل عند الحجر الخاص اولى ولانا لو اعملنا الحجر الخاص ادى الى
الغرور بالناس لانهم يعتمدون على الاذن الظاهر فيبايعونه ويسلمون
اموالهم فلو عمل الحجر الخاص عمله ادى الى الغرور في حقهم او الضرر
وهو تَوَى ما يسلموا اليه فوجب ان لا يعمل دفعا للضرر والغرور عنهم قال
واذا اتى المولى بعبده الى سوقه فقال قد حجرت على هذا فلا تبايعوه
كان هذا حجرا عليه لان هذا حجر عام فيرتفع به حكم الاذن العام
وان لم يحضر ذلك اهل السوق كلهم ثبت حكمه في حق الكل من علم ومن
لم يعلم وهذا لان الشرط هو انتشار الاذن فانتشاره وهو ان يشيع ذلك
عامتهم اما علم الاحاد فلا يكون شرطا لثبوت الحكم في حق كل واحد
من الاحاد بل متى فشا ذلك ينزل منزلة البلوغ الى كل واحد من الاحاد
الا ترى انه يجعل في حق خطابات الشرع هكذا فلا يكون العلم بالخطاب
شرطا في حق الناس كافة بل متى فشا الخطاب ثبت الحكم في حق من بلغه او لم
يبلغه وذلك لان لو جعل التبليغ الى الاحاد شرطا ادى الى الحرج في حق
المولى فوجب الاكتفا بوجود الاستفاضة فان كان لم يحضر ذلك
من اهل السوق الا رجل او رجلان لم يكن ذلك حجرا حتى يحضره الاكثر من اهل
سوقه لان ذلك حجر خاص لا يقع بذلك الاستفاضة قال ولو دعا الى منزله
جماعة من اهل سوقه فاشهدهم انه قد حجر عليه كان هذا حجرا لان الشرط
هو التبليغ على وجه يقع الاشتهار وبهذا يحصل هذا الغرض قال ولو
خرج العبد الى بلد للتجارة فاتى المولى اهل سوقه فاشهدهم انه قد حجر
عليه والعبد لا يعلم بذلك لم يكن هذا حجرا عليه لان الاصل في الاذن الحجر
هو العبد وانما يثبت في حق غيره تبعا فلم يثبت حكمه في حقه لعدم
العلم فكذلك في حق غيره الا ترى ان هذا بمنزلة العزل في حقه وكل
العزل يتوقف على العلم قال وان باع بعد ذلك اهل سوقه او غيرهم
فهو جائز لان حكم الاذن قائم وان علم العبد بذلك بعد يوم او يومين
فهو محجور عليه لان الحجر صحيح الا انه لم ينفذ لعدم العلم حتى لا يؤدي
الى الغرور فينفذ اذا علم بمنزلة عزل الوكيل وما اشترى وباع قبل
ان يعلم به فهو جائز لان حكم الحجر موقوف على العلم قال واذا اذن
الرجل

بلغه
الجماعة

لعبده في التجارة فلم يعلم بذلك احد ولم يبع ولم يشتر حتى حجر عليه
بعلم منه نفر من اهل سوقه فهو محجور عليه لان هذا
اذن خاص ورد عليه حجر خاص فيعمل فيه وهذا لانا لو عملنا
بالحالة كذلك لا يؤدي الى الغرور باحد ولو علموا بذلك قبل ان
يقول حجرت كان الحجر باطلا حتى يحجر في اهل سوقه لانه صار عاما
ولو لم يعلم به احد غير العبد ثم حجر عليه والعبد لا يعلم
به فاشترى وباع كان مأذونا والحجر باطل لان حكم الحجر لا يلزمه
الا بالاذن قال واذا باع المولى العبد المأذون وعليه دين او ليس عليه
دين وقبضه المشتري فهذا حجر عليه علم به اهل سوقه او لم
يعلموا وكذلك لو وهبه لرجل وقبضه الموهوب له لانه انما يملك
التصرفات باذن المولى وولايته وقد زال ولاية المولى عنه فيصير
محجورا وهذا يثبت حكما لا قصدا فلا يتوقف على العلم وكذلك لو مات
المولى قال واذا اشهد المولى انه قد حجر على عبده وارسل اليه
رسولا وكتب اليه كتابا فبلغه الكتاب او اخبره الرسول فهو محجور
عليه لان العلم قد وقع به لان قول الرسول كقول المرسل وكذلك
الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وسوا كان الرسول عدلا
او غير عدل لان الرسول ينقل كلام المرسل ولو اخبره بذلك رجل
لم يرسله مولاه لم يكن حجرا في قول ابي حنيفة حتى يخبره رجلان او رجل
عدل يعرفه العبد وقال ابو يوسف ومحمد اذا اخبره بذلك رجل او
امراة او صبي او عبد صار محجورا عليه بعد ان يكون الخبر حقا
وقد مر بيانه في فصل القضا بالمواريث واذا اذن الرجل لعبده في
التجارة فاشترى وباع وهو لا يعلم باذن المولى ولم يعلم به احد فهو
ليس بماذون ولا يجوز شي من ذلك لان الاذن لا يسمى اذنا بدون العلم
فلو امر المولى قوما ان يبايعوه فبايعوه والعبد لا يعلم
بالاذن كان شراؤه وبيعه جائزا هذا رواية المأذون الكبير وفي
رواية الزيادات لا يجوز وقد مر ذكره في فصل القضا بالمواريث ايضا
وقال محمد رحمه الله في باب بيع الاب والوصي على الصغير من زياداته
رجل قال لرجل بع عبدي هذا من ابني فلان بكذا فذهب
فباعه فان اخبر الابن بذلك صار ماذونا وصح البيع وان لم يخبره
حتى باعه لم يصح وكذلك لو قال اذهب فاشتر عبدك ابني منه بكذا
وذكر في كتاب الوكالة في موضع كذلك وقال في موضع يصح واي اصل ان
الاذن
لا يصح

الا بالعلم وكذا التوكيل فان كان مقصودا لم يصح الا بالعلم وان كان
تبعا لغيره وذلك المتبوع يصح وزيادة في الحكم بعينه ردا لما ان وكل كل
الوكال الغير بابيعوا عبدي فلانا فقد اذنت له في التجارة فيعملوا
يهم لا يعلم انه على هذا التاكيد اي الوكالات **قوله** ولو مات المولى
او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان الاذن تصرف غير لازم بدليل صحة الحجر بعد الاذن
وكل تصرف ليس بلازم يكون لدوامه حكم الابتداء لانه يقبل
حق الفسخ في كل ساعة وفي الابتداء اشترط اهلية المولى للاذن فكذا في
البقاء ثم بهذه الاشياء تنعدم الاهلية فكان العبد محجورا قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اذن الرجل لعبده في التجارة ثم جن
المولى فان كان جنونا مطبقا يحجر العبد وان كان غير مطبق لا يحجر لان
الحجر انما على زوال ولاية المولى وبغير المطبق لا تزول ولاية المولى
لان الغير المطبق ان يوجد ساعة وينعدم ساعة او يوجد
يوما ويزول يوما فاشبه النوم والاغماء فلهذا لا يسقط به تكاليف
الشرع بمثله وهذا لان الادمي لا يخلو عن نوع جنون ابدا فان الغضب
نوع جنون والحمق الشديد نوع جنون فلا نسقط اعتبارها في ازالة الولايات
واذا انطبق فحينئذ اعتبر لامتداده الا ترى انه يعتبر في وضع تكاليف
الشرع وتكلموا في تفسير المطبق روي عن محمد انه قدره بشهر لانه قدر ما
لا يوضع به كل التكاليف عنه لانه ان وضع عنه خطاب الصلوة لا يوضع
عنه خطاب الصوم وفي رواية انه قدره بالسنة لان كل التكاليف انما سقطت
في هذه المدة الا ترى انه يلزمه الزكوة لو افاق في ذلك السنة وعلى
قياس قول ابي يوسف يعتبر اكثر السنة لانه لا يمتنع به وجوب
الزكوة عنده قال شيخ الاسلام علاء الدين ايضا فان ارتد المولى ثم باع
العبد او اشترى فان قتل المولى ومات على ردته او لحق بدار الحرب وقضى
القاضي بلحاقه فجميع ما صنع العبد بعد ردته باطل وان اسلم بعد
ما لحق بدار الحرب ورجع او قبل ان يلحق بها فذلك جائز كله وقال
ابو يوسف ومحمد كل ذلك جائز الا ما صنع بعد ما لحق بدار الحرب فان ذلك
يبطل اذا لم يرجع حتى قضى القاضي بلحاقه واذا رجع قبل ان يقضي
بلحاقه فذلك جائز ايضا وبهذا ان تصرفات المرتد بعد لحاقه
بدار الحرب يتوقف لانه يصير من اهل الحرب واهل الحرب كالموتى
في حقنا ولكن لا ينفذ هذا الوصف له الا بالقضاء لانه يحتمل انه دخل

دار

دار الحرب للغزاة ويحتمل انه دخل للفرار فلا ندري رجح احد الوصفين
فيفوض ذلك الى راي القاضي المجتهد فان وقع عنده انه لا يرجع
يقضي باحكام الموت فيحكم بموته في ذلك الوقت وان لم يقض حتى
رجع يجعل كأنه لم يكن ويجعل اللحوق بدار الحرب لا يتوقف عندهما
لانه لا يزول الا بنفس الردة عندهما وعند ابي حنيفة يتوقف
لانه لا يزول بنفس الردة بل الاحوال متربصة في البين
والمولى اذا كان امرأة لا يتوقف تصرفها قبل اللحوق بالاجماع
وبعد اللحوق يتوقف لانها بمنزلة الموت تقرر بينه القضاء وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ايضا في شرح الكافي فاذا ارتد
العبد المأذون ثم باع او اشترى فان قتل على ردته او مات بطل
جميع ما صنع في قول ابي حنيفة فان اسلم جاز وقال ابو يوسف ومحمد
جميع ذلك جائز واصله ما ذكرنا في الحر اذا ارتد هل يتوقف
تصرفاته في اكسابه عند ابي حنيفة يتوقف وعندهما لا يتوقف والمأذون
بمنزلة الحر في اكسابه والتصرفات في اكسابه فيكون على ذلك الخلاف
فاذا اسر العدو عبدا مأذونا له في التجارة واحرزوه بدارهم
فقد صار محجورا عليه لانه زال عن حكم المولى فان انفلت منهم او
اخذه المسلمون فردوه عليه لم يعد مأذونا الا باذن جديد وان كان
اهل الحرب لم يحرزوه في دارهم حتى انفلت منهم او اخذه المسلمون
فرد عليه وبعض الاخذ هل يصير محجورا عليه بعضهم قال يصير
محجورا عليه على قياس مسألة الاباق لانه ينقطع نفع تصرفاته عن مولاه بأخذهم
والصحيح انه لا يصير محجورا لان اخذهم بمنزلة الغصب قبل الاحراز
بالدار وبالغصب لا يحجر **قوله** واذا ابق العبد صار محجورا عليه
اي قال القدوري في مختصره فان قلت هذا [illegible]
ولم يذكر خلاف زفر كما لم يذكره خواهر زاده في مبسوطه قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال زفر لا يحجر بالاباق لنا ان
الاباق سبب لتصرف المولى فيبطل اذنه في التجارة فصار كحجر
المولى وبيعه ولان الاباق يوجب العقوبة عليه فوجب باعادة
الحجر عليه كالردة واللحوق بدار الحرب احتج بان الاباق لا يمنع
ابتداء الاذن فلا يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب قلنا الوصف
ممنوع لانه لا يجوز ان يبتدئ الاذن للآبق الا انه ذهب شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه والصحيح الاصل انه يجوز تصرف المولى فيه لمعاونة

في تصرفه عنه بالاذن ولان من لا يجوز تصرف المولى عنه بالمعاوضة (كذا) لم
يصرفه عنه بالاذن ونقض ما [illegible] انما جوزنا انتفاء الاذن للاباق لم يجوز بقاء
الاذن واليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وصححه صاحب
الهداية وفرق بين الاستدامة والابتداء فقال الاباق دليل الحجر لكان الحجر
عليه دلالة فكان كما لو اذن له ثم حجر عليه (نصح) لان الصريح يفوق الدلالة
بيان ذلك ان الاباق ينافي ما هو المقصود بالاذن وهو الانتفاع بتصرفاته
فان المولى انما يرضى بتصرفاته لينتفع بها ويرجع النفع اليه لا الى العبد لان بالاباق
انما ينوي العبد لينتفع به فاذا آل الامر الى هذا فالظاهر انه لا يرضى
به فيكون حجرا من المولى اياه دلالة والدلالة انما تعمل لكن يحجر اذا علم
العبد ذلك قلنا العبد يعلم ان المولى يرضى بكونه مأذونا في حال
يرجع نفع تصرفاته اليه ولا يرضى به في غير تلك الحالة فما هو دلالة
الحجر في حق المولى تعود دلالة العلم في حق العبد وفي شرح شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده في شرح المأذون الكبير الجواب في الغصب فيما لا يبقى للمالك
امكان الاخذ بان كان الغاصب منكرا ولم يكن له بينة عادلة حاضرة على ذلك
فانه يصح الاذن له لانه انما يبقى له امكان الاخذ لو انه المالك في رقبته
وكسبه باقية فانه يبيع من الغاصب ومن غيره ويجوز فيصح الاذن فان
لم يبق له امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له بينة عادلة فالبيع
والاذن لا يجوز لانه البيع في رقبته وكسبه بما لا [illegible]
في الغصب قلنا ما قال محمد ان العبد المأذون اذا اسره العدو ولم
يحرزوه بدار الحرب فانفلت من ايديهم فهو على اذنه وان صار ماء غاصب
لهذا العبد لانه يبقى لهم امكان الاخذ ما داموا في دار الاسلام معصومين
مأذونا ولهذا لا يملكونه ثم قال وكذلك لو ان العبد اذا باع المولى العبد دون
حق غيره شراء فاسدا ثم اشترى فقبضه بعدما تفرقا بعد اذن المولى
فانه يبقى العبد مأذونا وان صار المشتري غاصبا له لانه لا يملك المشتري
العبد بقبضه بعدما تفرقا بغير اذن البائع ثم يبقى الاذن لما كان له
امكان الاخذ فان المشتري تفرقا ان العبد بملكه ثم ذكر محمد ان الغاصب
للعبد المأذون اذا حلف ولم يقم لصاحب العبد بينة ثم ان صاحب العبد
رأى عبده بعد ذلك يبيع ويشتري فسكت عن القيام البينة [illegible]
ويقضي له فان العبد لا يكون مأذونا له ولو رأى المولى عبده يبيع ويشتري
بمنزلة الاذن اذا سكت ثم لم يثبت الاذن لما كان الغاصب جاحدا ولم يكن له
بينة حاضرة فيثبت ان الجواب في الغصب على التفصيل الذي ذكرنا واذا

ان

ان الاباق يمنع ابتداء الاذن يمنع البقاء ايضا لان لبقاء الاذن حكم الابتداء
ثم اذا عاد العبد من الاباق وهل يعود مأذونا ام لا قال شيخ الاسلام خواهر زاده
في مبسوطه لم يذكر محمد في الكتاب في الاصل ثم قال واختلف المشايخ
فيه قال بعضهم انه لا يعود مأذونا لانه زال ولاية البيع بالاباق وبعضهم
قالوا زال ولاية البيع لزوال ملكه ولو زال لا يجوز بيع المولى فاذا عاد الى ملكه
ثم عاد العبد الى قديم ملكه لا يعود مأذونا كذا هذا ومنهم من قال
يعود مأذونا لان الاباق لم يزل ملك المولى لانه مع قيام ملكه حجر
عليه له على عصيانه فاذا عاد الى طاعة المولى فقد سقط تلك العقوبة
فالظاهر انه يعود مأذونا لانه كان لم يزل عنه ملك المولى زال
عنه ولاية البيع على الثبات فاذا باع الاباق لم يجز بيعه فاذا عاد
الاباق لم يعتبر بالزوال لزوال الملك ولو زال الملك ثم عاد لا يعود
الاذن فكذا اذا زال لزوال البيع على الثبات ثم قال وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان بايعه رجل ثم اختلفا فقال
قال المولى كان ابقا وقال الذي بايعه لم يكن ابقا لم يصدق المولى
على اباقه الا ببينة لانه يدعي الحجر بعد الاذن ولان الظاهر يشهد
للاخر لان الغالب في العبيد الانقياد والطاعة دون التمرد وان اقام
المولى البينة انه ابق منه الى موضع كذا فاقام الذي بايعه البينة
ان المولى ارسله الى ذلك الموضع ليشتري منه ويبيع فالبينة بينة الذي بايع
الحاد والعباس ان تكون البينة بينة المولى لانه هو المدعي الا ترى ان
القول قول الاخر ولكن نقول ان بينته الذي بايع العبد اكثر اثباتا لانه يثبت
طاعة العبد وكونه مأذونا وهو في الحقيقة غرضه اثبات استحقاق
رقبته بالدين على المولى ويثبت الاباق ظاهرا وفي الحقيقة غرضه نفي
الاستحقاق والبينات شرعت للاثبات فكان قبول بينته من هو مدع من
كل وجه اولى قوله (في الاصل بالاحمر) فان دار الحرب لوت المأذونة من مولاها وذكر
عليها اي قال القدوري في مختصره وهذا استحسان والقياس ان لا تصير
محجورة وبالقياس اخذ زفر ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة ان في الجارية تكون
للرجل يأذن لها في التجارة فتستدين اكثر من قيمتها ثم دبرها
مولاها فالحق مأذونة لها في التجارة على حالها والمولى ضامن لقيمتها للغرماء
وان كان وطئها فجاءت بولد فلم يدبرها فهذا حجر عليها والمولى ضامن
لقيمتها للغرماء الى هنا لفظ الجامع الصغير وان لم يكن التدبير حجرا
اصلا

لانه ليس بمنافٍ للاذن لان المرء انه لا يمنع ابتداء الاذن فلان لا يمنع البقاء اولى
وليس برافع للاذن ايضا دلالة لان العادة لا تمنع من الخروج الى الحوائج ولكنه
بالتدبير تعمق قيمة المأذونة لانه اتلف رقبتها على الغرماء لاجل
التدبير من بيعها في ديونهم فالتدبير لذلك كهو اما استيلاد المأذونة فالقياس
ان لا يكون حجرا عليها لانه لا يمنع ابتداء الاذن فان من اذن لام ولده
في التجارة صح فكان لا يمنع البقاء اولى لان البقاء اسهل من الابتداء
قياسا على التدبير وجه الاستحسان ان الاستيلاد حجر عليها دلالة لان
المولى لا يمنع امته من الخروج من الخروج ويمنع ام ولده من الخروج
والبروز فكان الاستيلاد تحصينا لها ومنعا عن الخروج ولا تأتي التجارة
الا بالخروج والانتشار في الارض لقوله تعالى فانتشروا في الارض وابتغوا
من فضل الله وهي قد منعت الخروج والانتشار فكانت محجورة
وليس كذلك التدبير المأذونة لان التدبير لا يمنع الخروج الى الحوائج
فلا يوجد الحجر لا صريحا ولا دلالة وليس كما اذنه لام ولده في التجارة ابتداء
لان دلالة الحجر لا تعتبر مع صريح الاذن لان الصريح اقوى من الدلالة
ولكن المولى ضامن قيمة المأذونة للغرماء بالاستيلاد لانه ابطل حقهم
عن الغرماء لما تعلق قوله قال واذا استدانت المأذون لها اكثر من قيمتها
فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها اي قال في الجامع الصغير
وذلك لان التدبير لا ينافي الاذن ولكنه ضامن لقيمتها وقد مر اساس
آنفا وانما وضع المسألة في اكثر من القيمة حتى لا يعلم ان المولى لا يضمن
الا القيمة لا الزيادة عليها وان استدانت اكثر من القيمة وقوله من حكمها
اي من حكمي الاذن والتدبير قوله كما مر في ام الولد اشارة الى
قوله لانا اتلفنا محلا تعلق به حق الغرماء قوله قال واذا حجر على الغرما
المأذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة اي قال
القدوري في مختصره وقالا لا يصح اقراره لهما ان المصحح
للاقرار هو الاذن وقد بطل بالحجر لمنافاة بينهما فلا يصح اقراره
بعد الحجر وبيده التي عبارة عن تلك التصرف قد بطلت بالحجر لانه الحجر
التصرفات بالاجماع ولهذا لو باع او اشترى بعد الحجر لم يصح فيصير
ما في يده بمنزلة المنتزع من يده ولو انتزعه المولى من يده حقيقة
ثم حجر عليه ثم اقر فيه لم يصح فكذا هنا ولهذا لا ينفذ اقراره في
حق رقبته حتى لا تباع رقبته باقراره بالدين بعد الحجر فصار كما لو اقر
المأذون بما في يده بعد اخذ المولى بعدما باعه المولى او وهبه لاخر والقياس

ما قالا

ما قالا لان هذا اقرار المحجور واقرار المحجور باطل كما اذا كان محجورا
بحجر اصلي وهذا لانه بالحجر يخرج من التجارات اجمع والاقرار لو صح
انما يصح لانه من توابع التجارات وضروراتها وهي بالحجر عما هو اصل
في الباب يحجر عما هو تابع وضرورة ولابي حنيفة ان المصحح للاقرار هو
اليد على الاكتساب ولهذا لا يصح اقراره فيما انتزعه المولى واليد على
الاكتساب بعد الحجر باقية لان ابطال الحجر لا يرتفع بسببه للمولى هو
الفراغ عن حاجته ولم يوجد لان اقراره بما في يده دليل حاجته اليه
وهذا لان الحجر انما يعمل في التصرفات المستقبلة لا في حق
التصرفات الماضية وحقوقها بالاجماع فانه اذا بقي من حقوق
التصرفات الماضية من الانقضاء والاستيفاء والرد بالعيب ونحوها يكون كما كان
لانه لا يحجر عليه ويبقى حقوق التصرفات وعهدة بعضها عليه
للناس وبعضها له على الناس فلو عملنا بعمل الحجر فيها لادى الى ابطال
حقوق الناس وحتى بقي ما بقي لو كان بعد الحجر فكذلك الاقرار كما في
حالة الاذن بخلاف المنتزع من يده حيث لا يصح اقراره به لان يد المولى
ثابتة عليه حكما وحقيقة ويبطل اقراره في حق رقبته لان ملك المولى ثابت
فيها فلا يكون القول قوله فيها عنه بلا رضاه وليس الكسب كذلك لان شرط
ثبوت الملك للمولى فيه فراغه من حاجة العبد ولم يوجد بخلاف
اقراره بما في يده بعد ان بيع لان تبدل الملك يوجب تبدل العين
كما عرف في قصة بريرة فلا يبقى الاذن ولا الاثر الذي يستحكم الملك
لان ملك المولى قد زال لانه بعد ان بيع لا يبقى خصما في التصرفات
التي باشرها قبل الحجر من التسليم والتسلم والرد بالعيب
والاسترداد والفسخ والاسلام المعهود كما هو في مبسوطه
واذا حجر الرجل على عبده المأذون له في التجارة ثم تابع بعد ذلك او اشترى
او استأجر او اجر بعض رقيقه او اجرهم كان ذلك كله باطلا في قولهم
جميعا لانه لزم العبد من غير تملك لانه لو باع واشترى او اجر او استأجر
وهو محجور وهذه التصرفات من العبد المحجور باطل سواء كان في يده كسب
او لم يكن وهذا بالاجماع فاما اذا اقر بالدين او بالغصب هل يصح اقراره
فهذا على وجهين اما ان يكون في يده كسب الاذن او لم يكن فان لم يكن
في يده كسب الاذن فانه لا يصح اقراره بالحال حتى لا يؤاخذ بالحال بما كان
عليه دين وان لم يكن عندهم جميعا اما عند ابي يوسف ومحمد فلانه لا يصح
اقراره بعد الحجر وان كان في يده كسب الاذن فاذا لم يكن في يده اولى

واما على قول ابي حنيفة فلان اقراره انما يصح لكن العبد المحجور اذا كان
في يده كسب الاذن لبقاء اثر الاذن فيما اذا لم يكن في يده كسب فانه
لا يصح اقراره لانه زال الاذن واثره جميعا ولا بد لصحة اقرار
العبد من احدهما فاذا كان في يده كسب الاذن فهو على ثلاثة اوجه
اما ان كان كله فارغا عن دين الاذن او كان كله مشغولا بدين الاذن
او كان بعضه فارغا عن دين الاذن وبعضه مشغولا فان
كان كله مشغولا بدين الاذن فانه لا يصح اقراره في حق الكسب الذي في يده
حتى لا يشارك المقر له بعد الحجر غرماء الاذن في كسب الاذن بل يكون
جميع الكسب لغرماء الاذن لوجهين احدهما ان دين الحجر دون
الاذن لم يثبتا ولانه وجب احدهما في حالة الاطلاق من كل وجه
والاخر وجب في حالة الاطلاق من وجه دون حالة الحجر من وجه بمنزلة
دين الصحة مع دين المرض ودين المرض الواجب باقرار المريض
موخر عن دين الصحة حتى اذا كان مال المريض كله مشغولا بدين الصحة
لا يصح اقراره بدين المرض فكذلك هذا فالحاصل ان اقرار العبد
بعد الحجر اذا كان في يده كسب الاذن بمنزلة اقرار الوارث على مورثه
لان صحة اقرار العبد المحجور باعتبار ما في يده من الكسب عند
ابي حنيفة لا باعتبار انه مكلف حتى لو لم يكن في يده كسب لا يصح اقراره
لكن كما ان اقرار الوارث على مورثه انما صح باعتبار ما في يده من التركة
لا من حيث انه مكلف حتى لو لم يكن في يده شيء من التركة فانه
لا يصح اقراره على المورث ثم الوارث اذا اقر بدين المورث
فانه لا يصح اذا لم يترك الميت شيئا واذا ترك فانه يصح اذا كان فارغا
عن دين الميت واذا كان كله مشغولا بدين الميت فانه لا يصح فكذلك
هنا واذا كان بعض ما في يده فارغا عن دين الاذن وبعضه مشغولا
صح اقراره عند ابي حنيفة بقدر الفارغ عن دين الاذن على
العبارتين جميعا اما على العبارة الاولى فلان دين الحجر دون الاذن
بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ثم مال المريض اذا كان مشغولا بدين
الصحة وبعضه فارغا صح بقدر الفارغ عن دين الصحة فكذلك
هذا واما على العبارة الثانية فلان اقرار العبد بعد الحجر بمنزلة اقرار
الوارث على مورثه وبعض تركة الميت مشغول بدينه وبعضها فارغ
فان اقرار الوارث يصح بقدر الفارغ من الدين فكذلك هذا وعند
ابي يوسف ومحمد اقراره بعد الحجر باطل لا يلزمه من ذلك قليل ولا كثير

في

في الاحوال كلها وهذا قالا لا قياس وما قاله ابو حنيفة استحسان وهذا كله
اذا كان العبد باقيا في ملكه اما اذا خرج عن ملكه بالبيع او بالهبة
فانه لا يصح الاجازة ولا اقراره عندهم جميعا سواء كان في يده كسب
او لم يكن **قوله** فلا يبقى ما يثبت حكم الملك اي لا يبقى للعبد الذي
بعد بيعه ما يثبت له من الاذن كتبدل البيع بحكم انه ملك المولى
فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن **قوله**
ولهذا لم يكن حجرا فيما باشره قبل البيع ايضاح لقوله فلا يبقى
ما يثبت حكم الملك وقوله قبل البيع ظرف لقوله باشره **قوله**
فان لزمه دين يحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو
اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده
ويعتق وعليه قيمته اي قال القدوري في مختصره ومعنى قوله وعليه
قيمته اي على المولى قيمة العبد المعتق للغرماء اذا كان المولى موسرا
وان كان معسرا فللغرماء ان يضمنوا العبد المعتق ويرجع هو
بذلك على المولى وقد صرح الكرخي في مختصره وقال في اشارات الاسرار
الدين المحيط برقبة المأذون وكسبه يمنع ملك المولى في الكسب عند
ابي حنيفة خلافا لهما وجه قولهما ان دين العبد المحيط لا يمنع ملك المولى
في كسب العبد لوجود سبب ملكه فان المولى ملك كسبه وهو ملك الرقبة ولا شك
ان المولى يملك رقبة المأذون وان كان الدين محيطا برقبته وكسبه فعلم ان سبب
ملكه في الكسب موجود وكذلك ولابي حنيفة ان المأذون لها خلاف
الدين المحيط بالتركة حيث يمنع ملك الوارث لان ثبوت الملك للوارث
على سبيل النظر للميت فان صرف تركته الى الاقرب نفع للميت
فلا جرم تقدم الدين على الارث لان الصرف الى الدين اولى نظرا للميت
لان الدين حائل بينه وبين الجنة فيترتب ثبوت الملك للوارث على
قضاء الدين وفراغ ذمته فملك المولى كسب العبد ما كان نظرا للعبد
بل كان حقا للعبد بسبب ملك الرقبة فملك المولى الكسب ولم يتعلق
بقضاء الدين به اذا اقتضى ما يكون معه زوجه قول ابي حنيفة الاصل
في كسب العبد المأذون ان يكون هو اولى به لان الكسب للكاسب لقوله عليه السلام
له فيحصل الاكتساب اولا للعبد ثم ينتقل الى المولى من جهته
من طريق الخلافة اذا فرغ الكسب عن حاجته كما ينتقل المال من جهة الميت
الى الوارث ثم دين الميت اذا كان محيطا فانه يمنع انتقاله الى الوارث
فكذا دين العبد اذا كان محيطا بكسبه يمنع انتقاله الى المولى وتحقيقه

ان المولى لما اذن له في التجارة مع علمه ان الناس لا يبايعونه اذا لم يقض
ديونهم من كسبه جعله اختص بمكاسبه تمام الاختصاص فضل كسبه عن دينه
لا يملكه المولى فاذا ثبت ان الدين المحيط يمنع ملك المولى في كسب العبد
المأذون لم يملك المولى اعتاق عبيد من كسبه لانه لا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم وعندهما لما ملكه المولى صح اعتاقه وهذا معنى قوله فان اعتق
ثم نفذ عتقه اي لثبوت الملك وعندهما يضمن قيمته للغرماء لانه
اتلف محلا تعلق به حق الغرماء وتمام البيان فيما قال الامام
الاسبيجابي في شرح الكافي للطحاوي وان صار في يد المأذون له في التجارة
عبد فاعتقه مولاه فان لم يكن على العبد دين جاز عتقه وخرج
من تجارة العبد وان كان عليه دين محيط برقبته وبما في
يده يكون عتقه ايضا ويضمن قيمته للغرماء لانه اتلف عليهم كسبه
وان كان الدين غير محيط فان قبضه بما في يده فاعتق عبدا من عبيده فانه لا
ينفذ عتقه عند ابي حنيفة وعندهما ينفذ والاصل فيه ان الدين
اذا كان محيطا برقبته وبما في يده يمنع من ملك السيد عند ابي حنيفة
وعندهما لا يمنع وكان ابو حنيفة يقول اولا ان الدين وان كان غير محيط
يمنع ملك السيد ثم قال لا ينفذ عتقه في عبد كسبه ثم رجع الى ما ذكرنا
وان الدين يسقط بوجه من الوجوه او باعه لكن حق المولى ينفذ
عتقه لان العتق في حقه نافذ الا ان في حق الغرماء لا ينفذ فاذا سقط
حقهم ينفذ وكذلك الوارث اذا اعتق عبدا من التركة وعلى
الميت دين مستغرق فانه لا ينفذ عتقه ثم اذا سقط الدين بوجه
من الوجوه ينفذ عتقه واذا كان الدين غير مستغرق ينفذ عتقه
ويضمن قيمته للغرماء وكان ابو حنيفة يقول اولا لا ينفذ عتقه
وكذلك الموصى له اذا اعتق العبد الموصى به وعلى الميت دين مستغرق
فلا ينفذ عتقه ولكن اذا ملكه بعد ذلك ينفذ عتقه وكذلك عند
ابي حنيفة المرتد اذا اعتق عبده لا ينفذ وان اسلم بعد ذلك ينفذ
كذا في شرح الطحاوي قوله وهذا اية كماله اي ملك الاعتاق
دليل كمال رقبته اية كمال المولى في الرقبة قوله والنظر في ضده
عبدا حاطه الدين بالتركة في صدر الملك للوارث وهو ان اسبق المتكلم
قوله على ما قررنا اشارة الى ما ذكر قبل ورقتين بقوله لان المولى
انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد قوله
مشغولة بها اي بحاجة العبد قوله فلا يخلفه فيه اي لا يخلف المولى

العبد

٢٣١

العبد في الكسب المحيط به الدين قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله
جاز عتقه في قولهم جميعا يعني اذا لم يكن دين العبد المأذون محيطا
جاز اعتاق المولى عبدا من كسب المأذون قال في شرح الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اذن لعبده في التجارة
فاشترى عبدا يساوي الفا وهو يساوي الفا وعليه الف درهم
دين فاعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز وان كان الدين
الفي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال ابو يوسف ومحمد عتقه
جائز في الوجهين جميعا وذلك لان الدين اذا لم يكن محيطا بكسب العبد
وما في يده لا يمنع ملك المولى بالاتفاق والا في قول ابي حنيفة اولا
قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وكان ينبغي ان يكون
القليل مانعا الا انا لو قلنا بهذا يؤدي الى الحرج لانه لا يخلو
الى ان لا يقع الملك له في الكسب الكثير بدين قليل ولهذا لم يمنع في التركة
للوارث والمستغرق يمنع قوله عن تقليله اي عن تقليل الدين قوله فاهو
المقصود من الاذن وهو الانتفاع بكسبه دون قوله قال فاذا
باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز اي قال القدوري في مختصره وتمامه
وان باعه بنقصان لم يجز اعلم ان العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه
شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق اصحابنا جميعا لان البيع مفيد اما عند
ابي حنيفة فلانه يفيد ملكا لرقبته والتصرف في الكسب لان دين العبد
يمنع ملك المولى في الكسب فالبيع افاد الملك عنه واما عند ابي يوسف
ومحمد فلانه يستفيد ملك اليد والتصرف في كسب العبد ويكون
للعبد على مولاه دين لانه مستقل بحق الغرماء كما يثبت الملك في كسبه
والعبد لما يستهلك المولى شيئا من كسب عبده المأذون المديون يضمن للعبد
فصار كبيع المضارب من رب المال بالا كان يفيد التصرف كذلك هاهنا
لم يكن على العبد دين حيث لا يكون بيعه من مولاه لانه ليس بمفيد لان
مولاه يملك كسبه ورقبته ونظرنا هذا اذا باع بمثل القيمة اما اذا
باعه من مولاه باقل من قيمته فان حابى في الثمن هل يكون ام لا
اطلق القدوري الجواب في مختصره ولم يذكر الخلاف فقال وان باعه
بنقصان لم يجز وقال الامام الاسبيجابي في كتابه الذي هو شرح الطحاوي
والعبد اذا دين له في الشفعة فيما بينه وبين مولاه وبينه وبين غيره
كالحر سواء المولى اذا باع دارا بجنبه دار العبد ان لم يكن على العبد
دين فلا شفعة له لانه لو اخذه لاخذه لمولاه والاصل ان كل من باع او بيع له

وان كان عليه دين اخذ الدار بالشفعة وكذلك لو باع العبد دارا والمولى شفيعها
ان كان العبد لا دين عليه فلا شفعة له لانه يبيع له وان كان عليه دين
فله الشفعة ولو اشترى العبد دارا والمولى شفيعها فان لم يكن عليه
دين فالدار للمولى ولا حاجة الى الاخذ بالشفعة وان كان عليه دين
فله ان ياخذها بالشفعة ولو ان المولى باع دارا من العبد ان لم
يكن عليه دين فلا يكون بيعا وان كان عليه دين فالبيع جائز
وياخذ الشفيع ان كان بمثل قيمته او اقل وان كان اكثر من قيمته
فالبيع باطل عند ابي حنيفة ولا شفعة فيه وقال ابو يوسف ومحمد المولى
بالخيار ان شاء ابطل الزيادة ويجوز البيع وياخذ الشفيع بما سلم للعبد
وان شاء رد البيع فلا شفعة للشفيع الا ان ياخذه بجميع الثمن فان كان
على العبد دين فباع دارا من المولى ان كان باكثر من قيمته او بمثله
جاز وياخذ الشفيع ايضا بالشفعة وان كان اقل من قيمته فالبيع فاسد
عند ابي حنيفة ولا شفعة فيها وعندهما المحاباة لا تجوز وياخذ
الشفيع الدار بالقيمة انتهى الى هنا لفظ شرح الطحاوي فعلم بهذا
ان جواب القدوري وقع على مذهب ابي حنيفة خاصة ولهذا قال
صاحب الهداية بعد هذا وقالا ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان
يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع
وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح المأذون
الكبير اذا باع العبد من مولاه عينا من اعيان كسبه باقل من قيمته
بما لا يتغابن الناس في مثله او لا يتغابن الناس في مثله فالبيع جائز
ويقال للمولى انت بالخيار ما دام العين قائما ان شئت بلغ الثمن الى
تمام قيمة العين وان شئت فانقض البيع قال هكذا ذكر في الكتاب
ولم يحك فيه خلافا اي قال محمد في كتاب المأذون ثم قال قالوا
ما ذكر في الكتاب قول ابي يوسف ومحمد فاما على قول ابي حنيفة فالبيع لا يجوز
وان بلغ المولى الثمن الى تمام القيمة ثم قال ويعلم هذا الخلاف اذا
اشترى العبد من مولاه شيئا وحابى في الثمن فاشتراه بما لا يتغابن الناس
في مثله او لا يتغابن وعليه دين الى هنا لفظ خواهر زاده وقال
في المختلف وهو نظير اختلافهم في بيع المريض عينا من وارثه انه لا يجوز
عنده اصلا وعندهما لا تجوز المحاباة ثم الجامع التهمة ويجري ابو حنيفة
التهمة في حكم وهو ان البيع بمثل القيمة هاهنا يجوز وفي المريض لا يجوز
لا لعين الا ايثار العين عنده للتهمة والتهمة هاهنا في النقصان

وقال

وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح انه يصح
على قول الكل لان المولى يستحل من كسبه لنفسه بالقيمة بدون
البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى ولو كان المولى اخذه واستهلكه يعطيه
الثمن وتمام القيمة لان المولى مخير بين تتميم القيمة وبين نقض البيع
فمتى استهلكه تعذر نقضه فيلزمه تتميم القيمة قوله لانه متهم في حقه
اي في حق المولى يعني ان العبد متهم بالميل الى مولاه بايثاره على
الغرماء فلهذا لم يجز بيعه من مولاه بالغبن اليسير كالمريض اذا باع
شيئا من التركة المستغرقة بالدين بمحاباة يسيرة لا يجوز البيع لانه
كان متهما في حق الغير غير مسلط على التصرف من جهته فيستوي فيه
المحاباة اليسيرة والفاحشة لمكان التهمة كان هذه في حق من يتهم لا
لقبولها ربه بالقليل والكثير قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي
عند ابي حنيفة متعلق بقوله لم يجز يعني ان المحاباة اليسيرة
مع المولى ليست بعفو للتهمة ومع الاجنبي عفو لعدم التهمة قوله
بخلاف ما اذا حابى المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز هذا يروى
بالواو وبخلاف وبدون الواو ووجه الواو ان يقال ان العبد اذا باع من مولاه
بنقصان لم يجز للتهمة واذا باع منه بمثل القيمة جاز لعدم التهمة بخلاف
بيع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لا يجوز اصلا كما لا يجوز بالنقصان
لان التهمة في بيعه من الوارث في ايثار العين والتهمة قائمة كيف
ما كان البيع وفي البيع من المولى التهمة في النقصان فكان البيع بمثل القيمة
ولم يكن بالنقصان فظهر الفرق وهذا لان حق الورثة متعلق
بعين التركة وحق الغرماء بالمالية ولهذا كان للورثة حق
استخلاص التركة باداء ديون الغرماء من غير التركة وهذا هو الصحيح
على رواية الواو وجعل بعضهم ذلك متعلقا باول المسألة وهو قوله فاذا
باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز فاما اذا روي قوله بخلاف ما
اذا باع المريض بدون الواو فبعضهم انه يتعلق بقوله بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي اي انه يجوز في كل حال يسيرة كانت المحاباة او
فاحشة اذا كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند
ابي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال ثم قال وهذا اوجه فاقول لا وجه صح
لهذا عندي لان المعلوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز
البيع بالمحاباة يسيرة كانت او فاحشة ولا يرد عليه اشكال البيع
المريض من وارثه بمثل القيمة لانه لا محاباة للبيع بمثل القيمة على المحاباة

فلا يحتاج اذن الى الفرق فعلم ان الوجه هو الرواية بالواو وهي سماعنا
في نسختنا فخطا قوله وعلى هذا الخلاف اليسير من المحاباة والفاحش
سواء يعني على مذهب ابي حنيفة وعلى مذهب ابي يوسف ومحمد هما سواء
فيجوز البيع عندهما يسيرة كانت المحاباة او فاحشة ولكن يخير المولى
بين تتميم القيمة ونقض البيع وعند ابي حنيفة لا يجوز بيعه من مولاه
بالمحاباة اصلا يسيرة كانت او فاحشة قوله ووجه ذلك ان
الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم اي
وجه جواز البيع مع تخيير المولى ان الامتناع في البيع بالنقصان
لو كان انما يكون لحق الغرماء دفعا للضرر عنهم وبالقول بجواز البيع مع تخيير
المولى بين ازالة المحاباة وبين نقض البيع يندفع الضرر عن الغرماء
فلا حاجة الى القول بامتناع البيع اصلا وذلك لان تعلق حق الغرماء به
لا يمنع من صحة تصرفه ونفاذه اذا كان بمراعاة حق الغرماء ممكنا
مع نفاذ العقد وهو ممكن بالزيادة في الثمن فيخير
المولى لانه يتغير عليه شرط عقده فاشبه المريض مرض الموت اذا باع
من الاجنبي شيئا باقل من قيمته وعليه دين مستغرق انه يخير
بين التبليغ الى تمام القيمة والفسخ كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي
ثم يرد على قولهما ان بيع العبد من مولاه بالنقصان يجوز فلان يجوز بيع العبد
من الاجنبي بالمحاباة اجدر احدهما ان العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه
بمحاباة يسيرة يجوز البيع عندهما ولكن يؤمر المولى بازالة المحاباة
ولا تسلم المحاباة له ولو باع بمحاباة يسيرة من الاجنبي يجوز البيع ولا يؤمر
بازالة المحاباة وتسلم المحاباة للاجنبي ووجه الفرق بينهما ان البيع
بالغبن اليسير فيه معنى التبرع لا حقيقة المتقوم فيه لدخوله تحت التقويم
البعض دون البعض فجعل تبرعا في حق المولى لتهمة الميل من العبد اليه
فلم يصح لان تبرع المأذون لا يصح فيؤمر لذلك بازالة المحاباة واعتبر
بيعا لا تبرعا في حق الاجنبي لعدم التهمة فيصح والثاني انه اذا باع
من مولاه بمحاباة فاحشة يجوز البيع عندهما ويؤمر المولى بازالة المحاباة
واذا باع من الاجنبي بمحاباة فاحشة لا يجوز البيع اصلا عندهما ووجه
الفرق ان البيع بالمحاباة الفاحشة ليس بداخل تحت الاذن عندهما
كما في الوكيل والوصي واذا ثبت لم يجز بيعه مع الاجنبي لعدم الاذن
من المولى بخلاف المحاباة اليسيرة فانها داخلة تحت الاذن فجاز
البيع بالمحاباة الفاحشة مع المولى لوجود الاذن مقتضى اقدام المولى

على

على البيع ثم ان المحاباة لم تسلم للمولى لتعلق حق الغرماء كالمريض مرض
الموت اذا باع من الاجنبي وحابى وعليه دين فان الاجنبي يؤمر بالتبليغ
الى تمام القيمة كذا هذا قوله وهذان الفرقان على اصلهما بلفظ التثنية
وهو الصحيح وهكذا وجدنا الفرقين انفا وفي بعض النسخ وهذا الفرقان
بلفظ الافراد وضم القاف ورفع النون اي هذا الفرق وانما قيد بقوله
على اصلهما لان على مذهب ابي حنيفة لا يحتاج الى هذين الفرقين لان بيع العبد
من مولاه بغبن لا يجوز اصلا عند ابي حنيفة على ما هو اختيار
صاحب الهداية ولكنه يحتاج الى الفرق من وجه آخر وهو ان
بيعه من الاجنبي بمثل القيمة وبالمحاباة يسيرة او فاحشة يجوز عنده
وبيعه من المولى لا يجوز بالمحاباة اصلا يسيرة كانت او فاحشة
ووجه الفرق ان العبد مريض حكما صحيح حقيقة فجاز البيع من الاجنبي
بالمحاباة كيفما كانت لكونه صحيحا من وجه كالحر ولم يجز البيع بالمحاباة
اصلا من المولى لكونه مريضا حكما بمنزلة الوارث من المورث توفيرا
على الامرين حظهما الى هذا اشار شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المأذون الكبير
قوله فان كان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع اي جاز
العقد في مختصره وتمامه ثم ان سلمه اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن
وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز الى هنا لفظ القدوري قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو كان المولى هو الذي باع متاعا من العبد
بمثل القيمة او باقل منها فالبيع جائز لانه يفيد ثم يسلم للعبد ما اشترى
وللمولى ما يقبض من الدراهم وحاصل هذا ان قوله بيع العين عند التقابض
لان الدراهم مما يتعين بالقبض فيصير مفيدا استحقاق شيء لم يكن
ثابتا قبل ذلك وللمولى ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان قضية
البيع هو ان يتحقق التسليم لكل واحد من العوضين مقابلة العوض
الاخر فان دفع العبد الثمن وسلم المولى المتاع فلا سبيل للغرماء على
الثمن لانه ما ابطل حقهم بل انتقل من محل الى محل ولو سلم المولى المبيع
اولا قبل ان يقبض منه الثمن والثمن دين على العبد فقبض العبد
ما اشترى جائز وهو للغرماء ولا شيء للمولى من الثمن وعن
ابي يوسف ان له ان يأخذ الثمن وفي رواية يسترد المبيع ويمسكه
لاستيفاء الثمن لما ذكرنا ان البيع الذي جرى بينهما صحيح ونقضه تحقيقا للحق
في مقابلة ما ملكه والقول بالاستحقاق مقيد لانه لم يكن مستحقا قبل
ذلك ولكن لنا انه ابطال حق الغرماء بل فيه نقل حقهم من محل الى محل

فاستقام القول به وفي ظاهر الرواية قال يبطلان الثمن لانه لا يستقيم استحقاق
الدين على العبد من قبل المولى لان فائدته استحقاق ماليته ومنافعه
بواسطة البيع او استسعائه وهذا حاصل للمولى قبل وجوب الدين
على العبد اما استحقاق عين من اعيان كسبه عليه فما لا يستقيم لان يد المولى قاصرة
عن كسبه لحق الغرماء فاذا استحقه بعارض سبب وقبل تسليم المبيع لا نقول
باستحقاق الدين عليه لان البيع تم بينهما بالتقابض وعند ذلك تصير
بيع العين بالعين ولان الثمن يتعلق بالعين قبل التسليم وهو بيع الا
يرى انه لو عيبه لا يسقط به فصار له شبهة باستحقاق العين فاذا
سلم ذهب التعلق به فصار دينا مرسلا وفائدة الدين المرسل ما قلناه
ولا يفيد من ذلك الوجه في حق المولى فلو كان الثمن عرضا كان المولى
احق بذلك من الغرماء لما ذكرنا انه يستقيم استحقاق عين من اعيان كسبه
في حق المولى كذا في شرح الكافي قوله وجاز ان يكون للمولى حق في الدين
اذا كان يتعلق بالعين جواب سؤال بان يقال اذا سلم المولى المبيع
الى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن لان المولى لا يستوجب على عبده دينا
فكان ينبغي على هذا ان لا يكون له ولاية امساك المبيع لاستيفاء الثمن
فقال في جوابه قبل قبض المشتري للثمن تعلق بالعين ولهذا يجب به
فصار للدين به بالعين فيصح استحقاق عين من اعيان كسب العبد كذا
هذا قوله ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض
البيع ذكر تفريعا على مسئلة القدوري في شرح الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي الذي هو مبسوطه ولو كان المولى باعه متاعه بثمن اكثر من قيمته
بقليل او كثير كان المولى فيه بالخيار ان شاء حط الفضل على القيمة وان شاء
نقض البيع لان اصابة حق الغرماء ممكن مع تقرير العقد فيخير لانه
تعتبر عليه شرط عقده ولم يذكر الخلاف في شرح الكافي كما ذكره في شرح الاسلام
المعروف بخواهر زاده في شرح المأذون الكبير فاما اذا كان باع المولى
ثمنه اقل مما يعطيه العبد من الثمن بقليل او كثير فالمولى بالخيار
ان شاء اخذ من عبده من الثمن قدر ما باعه ويرد الفضل على العبد
وان شاء نقض البيع لانه انما رضي بزوال ملكه عن العين بما سمي فاذا لم
يسلم له المسمى كان له نقض البيع وكالمريض اذا اشترى شيئا
حابى في الثمن ولم يسلم المحاباة للبائع كان الخيار للبائع ان شاء اخذ
من الثمن مقدار قيمة ما باع ويرد الفضل وان شاء فسخ البيع بغير خلاف كذا
وهذا الذي ذكره قول ابي يوسف ومحمد فاما على قول ابي حنيفة فالبيع فاسد

حتى

حتى لو اراد المولى ان يأخذ من الثمن الذي اخذ من العبد مقدار قيمة ما
باعه ليس له ذلك هكذا ذكر خواهر زاده وكذا المذكور في الاصل وفي
الكافي للحاكم الشهيد كما ذكر القدوري بلا خلاف قوله فان كان
اعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون فعتقه جائز اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه والمولى ضامن لقيمته للغرماء
وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق الى هنا لفظ القدوري اي
يطالب به المعتق بعد حصول العتق قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في
مختصره واذا اذن الرجل لعبده في التجارة فلحقه دين فاعتقه
المولى فعتقه جائز فان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين للغرماء العبد
وان كان الدين اكثر من قيمته غرم قيمته وان كانت قيمته عشرين الفا
او ثلاثين الفا غرم ذلك كله علم بالدين او لم يعلم وتتبع الغرماء العبد
بما في ديونهم ما اخذوه منه الى هنا لفظ الكرخي اما جواز العتق
فلان ملكه باق في الرقبة بعد الدين على الكمال والمصحح للاعتاق
هو الملك الكامل وقد وجد فنفذ لصدوره عن الاهل مضافا الى
المحل غاية ما في الباب ان حق الغير تعلق به وذلك لا يمنع من صحة الاعتاق
كما في الراهن اذا اعتق العبد المرهون وانما ضمن المولى قيمته للغرماء لانه اتلف
محلا تعلق به حق الغرماء الا ترى انه كان لهم بيعه واستيفاء الدين
من ثمنه فقد فوّت المولى ذلك عليهم فلزمه الضمان كالراهن اذا اعتق
عبد الرهن وانما يطالب المعتق بالباقي لان المولى لم يجب عليه الا قدر
ما اتلفه فما زاد عليه فهو باق في ذمة المأذون كما كان لان الدين كان في
ذمته ولزم المولى منه قدر ما اتلفه لا غير فاذا صاحب الجهة له
هذا كله وما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وعليهما
ديون نعني اذا اذن المدبر او ام ولده في التجارة فلحقها ديون فاعتقها
لا يضمن المولى للغرماء شيئا لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتها استيفاء
بالبيع لانها لا تقبلان النقل من ملك الى ملك فلم يوجد التعدي
والاتلاف في حقهم فلم يضمن شيئا بخلاف القن فانه باعتاقه اتلف
حقهم فيضمن وتمام البيان فيه ما قال الامام الاسبيجابي في شرح
الكافي المولى اذا اعتق عبده المدبر جاز عتقه لان ملكه باق فيه
والغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا العبد بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى
بالاقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالما بالدين او لم يكن عالما
بخلاف جناية العبد اذا جنى فاعتقه المولى ان كان عالما بالجناية صار مختارا
للفداء

وانما

واجبا

وإن كان عمر عاقلاً لم يلزمه شيء إلا مقدار القيمة لا غير وفي باب الدين
يلزمه القيمة وإن كثر وكذلك والفرق بينهما أن الضمان وجب على المولى في
الجناية لأنه عاقلته إلا أنه كان يتخلص منه بالدفع فإذا فعل أبطل
حق الدفع فصار مختاراً للدية إن كان عالماً أما في الدين فهو في ذمة
العبد ألا يرى أنه يباع فيه والمولى أبطل حق البيع ولو بيع
لا يكون إلا بقدر القيمة لأنه لا يشترى في الظاهر بأكثر من القيمة
فلذلك لزمه القيمة وفي مسألتنا لو اختاروا اتباع المولى لا يكون
إبراء للعبد ولو اختاروا اتباع العبد لا يكون ذلك إبراء للمولى بخلاف الغصب
وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه
عن الآخر والفرق بينهما أن هناك وجب على كل واحد منهما على طريق الكمال
فإذا ضمن أحدهما تعذر ملكه فبعد التمليك لا يمكن الرجوع عنه
وأما ههنا الدين وجب على العبد إلا أنه وجب على المولى على سبيل الكفالة
إذ لو صح هذا التضمين يكمل الدين من المولى بنفسه كالكفيل وفي باب
الكفيل والمكفول عنه لا يكون ذلك إبراء للآخر فلذلك افترقا ولو
اختار بعضهم اتباع المعتق فالذي تبع العبد يأخذه بجميع الدين (في الهامش: وبعضهم العبد)
لأن الدين عليه والذي تبع المولى يأخذ منه حصته إن كان حصته مثل القيمة
وما يأخذون من المولى يكون بينهم بالشركة وإن لم يكن أصل الدين بالشركة
لأنه ثبت حقهم في القيمة فصار كالمشترك بينهم وما يأخذه من العبد لا يكون
بينهم بالشركة إلا إذا كان أصل الدين بالشركة هذا إذا أعتقه ولو لم يعتقه
ولكن دبره فالغرماء أيضاً بالخيار إن شاؤوا اتبعوا المدبر بدينهم فيستسعونه
في الدين وإن شاؤوا اتبعوا المولى بقدر قيمته وفي ... أحدهما إبراء
للآخر لأن المدبر كسبه يكون للسيد فلم تكن تحت التضمين تمليك فلذلك افترقا
وفرق آخر بين هذا وبين العتق وهو أن يكون ما أخذ كل واحد منهم
من المدبر يكون بينهم بالشركة وفي العتاق لا يكون كذلك والفرق بينهما
أن هذا كسب العبد والعبد لا يستطيع أن يقضي غرماءه دون غرمائه وكذلك ...
وأما العتق إذا أعتق صار حراً فله أن يقضي غرماءه دون غيرهم وفرق آخر
بين التدبير والعتاق أنه إذا اختار بعضهم اتباع المدبر وبعضهم اتباع
المولى فإنه يأخذ من المولى قدر حصته أن لو اتبعوه جميعاً كم كان نصيبه
وفي العتاق أخذ منه جميع القيمة فوقع الفرق بين المسألتين في ثلاثة
مواضع وبما عرفت من الحواشي الفصلين تفهم حكم الاستيلاد
إلا في فصل واحد وهو أنه بالتدبير لا تصير محجوراً وبالاستيلاد
تصير

تصير محجورة والقياس فيهما واحد أنها لا تصير محجورة إلا أنا استحسنا
في الاستيلاد أنها تصير محجورة لأنه لما استولدها يحصنها
عن الخروج والبروز فصارت محجورة من جهة دلالة الحال كذا في شرح
الطحاوي **قوله** فإن كان باعه المولى وعليه دين محيط برقبته
وقبضه المشتري وغيبه فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن
شاؤوا ضمنوا المشتري أي هذه مسألة الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في عبد مأذون له في التجارة وعليه
دين محيط برقبته باعه مولاه من رجل وقبضه المشتري فغيبه
قال إن شاء الغرماء ضمنوا البائع القيمة وإن شاؤوا ضمنوا المشتري
قيمته وإن شاؤوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن فإن ضمنوا البائع القيمة ثم
وجد المشتري بالعبد عيباً فرده على البائع فللبائع أن يأخذ
القيمة من الغرماء ويكون حقهم في العبد كما كان إلى هنا لفظ محمد
في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير
وهذا إذا باعه بأقل من قيمته فأما إذا باعه بقيمته أو بأكثر من قيمته
وقبض وهو في يديه فلا فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن إليهم و
إنما قيد بقوله فغيبه لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا
البيع إلا أن يقضي المولى دينهم لأن حقهم تعلق برقبته فإذا لم يقدروا
على العبد كان الغرماء بالخيار في التضمين لأن كل واحد من البائع والمشتري
متعد البائع بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض فإن ضمنوا البائع
سلم له الثمن فلزم البيع وإن ضمنوا المشتري بطل عنه الثمن فإن أجازوا
البيع صح لأن البيع يصح حقاً لهم فيصير الثمن لهم كذا قال فخر الإسلام و
هذا كالراهن إذا باع العبد المرهون بغير إذن المرتهن ثم أجاز المرتهن
صح لأن الإذن في الانتهاء كالإذن في الابتداء قال فخر الدين قاضي خان وهذا
البيع قبل إجازة الغرماء فاسد وليس بموقوف ونقله عن الحلواني
ثم إذا ضمنوا البائع القيمة فرد عليه بعيب فله أن يرجع بالقيمة
على الغرماء ويكون حق الغرماء في العبد قال الفقيه أبو الليث يعني إذا
قبله بقضاء القاضي لأن القاضي في الإجارة فيفسخ العقد فيما بينهما
فعاد إلى الحالة الأولى وإنما كان وجب عليه القيمة لاستهلاك العبد
فإذا ارتفع الاستهلاك حيث عاد إلى ملكه وإن الغرماء أخذوا منه
قيمة العبد تامة وقد ظهر أنه وجب عليه قيمة العبد معيباً
فله أن يرجع عليهم بربع العبد في دينهم قالوا هذا كالغاصب إذا باع وضمن

المقصود

انه يعقد البيع حتى لو رد عليه بالعيب سلم له وكان له ان يرده على
منه لانه اذا ضمن ثمنه سلمه او لم يعلم بالعيب يسلمه هو الرد بالعيب
واسترد القيمة لانه انعقد بينهما حكم البيع تكلم كما هنا واورد
الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير هذا المقام سؤالا وجوابا
فقال لما لم يجب على المولى الضمان ها لبيع وقد كان حقهم بيع
العبد وقد رفع المؤنة عنهم ولم لا يكون هذا بمنزلة الوصي
اذا باع التركة بغير اذن الغرما فلهم ان يضمنوه قيل لان حق
الغرما بيع التركة لا غير واما هاهنا فللغرما ان يستسعوا العبد
ولكنهم يستسعونه لانهم لو باعوه ربما لا يصل اليهم تمام دينهم وان كان
في الثمن وفا ولو استسعوا اخذوا تمام دينهم من كسبه وان كان فيه تعقد
ابطل عليهم حقهم فلهذا المعنى كان لهم ان يبطلوا البيع ويضمنوه
اذا لم يقدروا على العبد وذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي ان الدين يلحق العبد اذا بيع وكان بيع المولى العبد بامر
بعض الغرما لا يجوز الغرما منظلوبه اتبعته ابتنقا واستسعاه في
بيع المولى ابطال حق الاستسعا فلا يملكه ذلك الا برضاهم فان رفعه بعض
الغرما الى القاضي ومن بقي منهم غايب فباعه القاضي للحضور جاز
بيعه عليهم جميعا اما على الحضور فلا يشكل وكذلك على الغيب لان له
ولاية على الغيب الا يرى انه يجوز بيع مملوك الغايب اذا كان فيه نظر للغايب
فلان يجوز بيع ما يتعلق به حق الغايب اولى ويدفع اليهم حصتهم من ثمنه
ويوقف حصة الغيب حتى يحضروا لان حقهم سوا فرق بين هذا وبين دار لها
شفعاء بيع الدار وبعض الشفعا حضور ورفع الحضور الامر الى
القاضي فان القاضي يدفع الدار اليهم فلا يوقف نصيب الغيب
والفرق ظاهر وهو ان حق الغيب ليس بثابت لان انما يثبت بالطلب
والطلب للفريق فلا يجوز تاخير حق الثابت لحق موهوم ربما يكون
وربما لا يكون واما هنا فحق الغيب ثابت فلا يجوز صرفه كل
الى البعض وان قال العبد للذي يريد ان يشتريه ان مولاي باعني بكذا
يصدقه في ذلك المولى وكذبه وكذلك غايب وكذبه الحضور من
غرمائه في ذلك فالعبد يصدق فيه ويوقف حصة الغيب عندهم من
الثمن حتى يحضروا لانه لم يجحد بعد فلو اخرجه بعدما باعه القاضي ويدفعه
مولاه فانه لم يصدقه على الغرما لانه ان يجحد بالبيع فان قدم الغايب
واقام البينة على حقه اتبع الغرما بحصته من الثمن الذي حرره

سان انجحد

من الكتب التي وقفها الفقير الى الله ربه ذي المواهب محمد المدعو بين الصدور بالراغب ... وقف عبد ...

لانه ينبغي ان يشترك بعينه دينهم لم يكن لهم على العبد ولا على مولاه
البايع والمشتري سبيل لانه متى صح بيع القاضي عليهم انتقل حقهم
من رقبته الى الثمن فلا يبقى لهم على الرقبة سبيل قوله
قال لو كان المولى باعه من رجل وقد علم بالدين فللغرما ان يردوا
البيع اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في عبد لرجل عليه دين باعه من رجل وقد علم بالدين
وقبضه الرجل ثم جا الغرما فلهم ان يردوا البيع وان كان
البايع غايبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم الى هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع
الصغير وعلى هذا اذا اشترى رجل دارا وبها شفيع ثم وهبها
لرجل وقبضها الرجل ثم غاب الواهب ثم حضر الشفيع فوجد الموهوب
له فهو على هذا الاختلاف وذكر ابن سماعة عن ابي حنيفة في
محمد في هذه المسئلة مثل قول ابي يوسف فجعل الموهوب له خصما
وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولهم ان يردوا
البيع اذا باعه بمثل القيمة لانه كان لهم حق الاستسعا
الى ان يصل اليهم ديونهم وبهذا البيع لا يمكنهم الاستسعا في ملك
المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفا بديونهم لا يكون لهم
ولاية نقض البيع لانه لو نقض البيع ابطل حقهم الا اذا كان الثمن لا يصل
اليهم فحينئذ كان لهم ان ينقضوا البيع ثم اذا كان المولى غايبا فلا خصومة
للغرما مع المشتري اذا كان ينكر حقهم عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
اما لو اقر المشتري بحق الغرما فلهم ان يأخذوا العبد منه ويبيعوه
في دينهم لان اقرار المشتري على نفسه جايز كذا ذكر الفقيه ابو الليث
في شرحه وجه قول ابي يوسف ان المشتري ممسك العين لنفسه وهو
مالكه وكل من امسك شيئا لنفسه وهو مالكه كان خصما الا ترى ان رجلا
لو اشترى من عبد شيئا غايبا فجا رجل وادعى ان العبد له فالمشتري
خصم لانه في يده وهو مالكه فكذا هذا وجه قولهما ان المشتري لو
جعل خصما وانتصب للغرما وديونهم وينقض البيع بنقض بيع الغايب
وفي ذلك قضا على الغايب فلا يجوز ولانه لو نقض البيع بان جعل
المشتري خصما يعود العبد الى ملك البايع وهو غايب ثم لا يمكنهم بيعه
لغيبة مولاه حتى لا يلزم القضا على الغايب فاذا ال الامر الى هذا

فلا فائدة في نقض البيع فلا يجعل المشتري خصما لعدم الفائدة هذا
اذا كان البائع غائبا فان كان حاضرا والمشتري غائب فكذلك الجواب
على ما ذكره في شرحه لا خصومة بينهم وبين البائع لان المالك هو
المشتري فيكون فسخ العقد قضاء على الغائب لا يجوز وقال الشيخ
ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير كتاب الشفعة في باب ما يكون
الرجل فيه خصما في اقامة البينة على الشفعة رجل اشترى دارا
فوهبها لآخر وقبضها ثم جاء الشفيع بعدما قبضها الموهوب له فالموهوب له
خصم للشفيع في قول ابي يوسف ويقضى له بها بالثمن ويبطل
الهبة ويتولى من الثمن ويكون الولا عنها المشتري اخذها الشفيع ان
بالبيع الاول وان شاء بالبيع الآخر وقال محمد ليس بين الشفيع وبين الموهوب له
والمتصدق عليه خصومة حتى يحضر المشتري وكذلك بالبيع ان اراد
الشفيع الاخذ بالبيع الاول وان اراد بالبيع الثاني فالمشتري الآخر
خصم ويكون للشفيع حق الشفيع في البيع الاول فالبيع الآخر والمعنى
ذكر محمد في الجامع قول ابي حنيفة واختلف المشايخ فيه فان من المشايخ
من جعل قوله مع ابي يوسف لان في الغائبات حنيفة مع ابي يوسف فجعل قوله
مع ابي يوسف ما امكن وهنا الاشكال انه لا يدرى نص محمد على خلاف
ذلك وقال مشايخ العراق بل قوله مع محمد لان ابن سماعة ذكر في
نوادره هذه المسالة وذكر فيها قول ابي حنيفة مع محمد كما لا وجه لهما
اما الكلام في الهبة والصدقة ابو يوسف يقول بان الشفيع يدعي
حقا في الدار لان حق الشفيع مقصود على عين الدار حتى لو اراد ان
ياخذ مكان الدار شيئا آخر لا يقدر ولو ادعى ملك الدار انتصب
الموهوب له والمتصدق عليه خصما فكذا اذا ادعى حقا في الدار
وهما يقولان متى جعلنا الموهوب له والمتصدق عليه خصما في الابتداء
لكونه مالكا في الدار احتجنا الى ان نخرجه عن كونه خصما في الانتهاء
فلا نجعله خصما في الابتداء تحصيلا للفائدة بيانه انا متى جعلنا
الموهوب له والمتصدق عليه خصما وقضينا للشفيع بالشفعة
احتجنا الى نقض الهبة والصدقة حتى يعود الدار الى ملك
المشتري ثم يتملك عليه الشفيع لما ان العهدة على المشتري لا على
الموهوب له والمتصدق عليه ومتى نقضنا الهبة والصدقة
خرج الموهوب له والمتصدق عليه من كونه مالكا لانه ملك المشتري وهو
ادعى الدار فلا يصلح خصما بخلاف ما لو ادعى ملكا مطلقا في هذه الدار

ولكن ادعى على الدار دون صاحب البستان خصما في ذلك ... شيئا ان حصته خصم في حق م

لانا متى نقضنا تملكنا الدار لا نحتاج الى ان نعيد الدار الى ملك
الواهب حتى يملكها المدعي من جهته لان المدعي ملكا مطلقا
يدعي الملك من الاصل من جهة الحكم لا من جهة الواهب و
المتصدق وكان الواهب والموهوب له سواء ولو كانت الدار في يد
الواهب انتصب خصما للمدعي فكذا اذا كانت في يد الموهوب له واما
الكلام في البيع ان اراد الشفيع الاخذ بالبيع الثاني فالمشتري الثاني
خصم في قولهم جميعا اما في قول ابي يوسف فلانه يعتبر دعوى الحق
في الدار بدعوى الملك واما في قول ابي حنيفة ومحمد فلانا متى جعلناه خصما
فان الشفيع يملك الدار من جهة المشتري الثاني ويكون العهدة عليه
فيعتبر المشتري الثاني فان اختار الاخذ بالشرى الاول كان المشتري الثاني خصما
اما في قول ابي يوسف فلانه يعتبر دعوى الحق بدعوى الملك واما في
قولهما فلانا متى جعلنا المشتري الثاني خصما في الابتداء احتجنا الى
اخراجه من ان يكون خصما في الانتهاء لانا متى جعلناه خصما في الابتداء
واخذنا الدار بالشفعة بالشرى الاول حتى المشتري الثاني حتى يعود الدار الى ملك
المشتري الاول فيحتاج الى ان يتملك الدار من جهة المشتري الاول والمشتري
الثاني ليس بخصم عنه كما يتملك على الاول لانه ليس يملك الدار اصلا من جهة
وكان بمنزلة الغاصب والغاصب لا يكون خصما لمن يدعي ملك المغصوب
من جهة المالك كالاجنبي سواء فكذلك في الآخرة والدليل على قوله
كمن قدم مصرا فقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من
التجارة وفي الجامع الصغير يصورها عن محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في الرجل يقدم مصرا فيقول انا عبد لفلان فيشتري ويبيع
فانه يلزمه كل شيء من امر التجارة الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه فاذا
حضر فان قال ان اذن له في التجارة بيع في الدين لانه اصل الجامع
الصغير وهنا فيها يحتاج الى حكمين احدهما ان يقبل قول العبد في انه مأذون
والثاني انه يقبل قوله في ماذونيه فان قال انه حاذون فاشترى وباع يلحقه
ديون فانه يباع فيه وللاتباع رقبته في القياس ان لا يصدق
العبد لانه ثبت الاذن بقوله حتى لا يحل للسامع ان يبايعه لانه
اقرار على مولاه لانه يلزم مولاه في الاستحسان يصدق ويقبل
قوله لان هذا خبر في المعاملات وخبر الواحد في المعاملات مقبول
الا ترى ان واحدا اذا قال انا وكيل فلان او مضارب فلان ولم يكن ثمة
احد يكذبه يقبل قوله لان الظاهر انه يصدق ولا يكذب فكذا هنا

ان يخاصم المشتري الثاني م

لان في التجارة منفعة لمولاه فالظاهر انه ماذون فاما لم يقبل الحجر لان
للناس حاجة الى قبول قول الاحاد في هذا الباب لان الانسان
يبعث عبده الى الافاق ليتجر ويبعث مضاربه او وكيله فلو قلنا ان
قولهم لا يقبل لضاق الامر على الناس لانه لا يتيسر لكل احد ان يستصحب مولاه
يشهدان في آناء الليل واطراف النهار او شاهدين عدلين على الاذن وكذلك الوكيل
والمضارب وما ضاق امره اتسع حكمه واما لو لم يعلم العبد حالة
المبايعة انه ماذون ولكنه باع واشترى فالقياس انه لا يجوز بيعه
ولا شراؤه لانه يحتمل انه ماذون ويحتمل انه محجور فلا يثبت الاذن بالشك
وما في يده مال مولاه فلا يباع في دينه بالشك وفي الاستحسان يكون بيعه كاذنه
ويطالب العبد بديون الغرماء لان اقدامه على المبايعة مع الناس
دليل على اقراره بانه ماذون لانه عاقل دين فالظاهر انه لا يقدم
على تصرفات باطلة ثم اذا لحقه دين كان القياس ان لا يباع ما في يده
حتى يحضر مولاه وفي الاستحسان يباع لان القياس ان ما في يده لمولاه
فيكون بيعه قضاء على مولاه وهو غائب فلا يجوز ولهذا لا تباع رقبته
ووجه الاستحسان ان ما في يده من كسب تجارته والعبد في تجارته كالحر
فاذا قبل قوله في التجارة قبل فيما هو من ضروراتها وليس الكسب كالرقبة
ذكره لان رقبته ليست من تجارته لان ذكره ما قال المولى في هذا الجواب كذا الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير والامام الاسبيجابي في شرح الكافي وقال
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ولو ان الغرماء اقاموا البينة
ان العبد ماذون له في التجارة فالعبد محجور والمولى غائب فانه لا يقبل
بينتهم حتى لا تباع رقبته العبد بالدين لان هذه البينة قامت على الغائب
وليس عنه خصم حاضر لان العبد في حق رقبته لا ينتصب خصما
عن المولى لانه لا يدعي حقا في رقبته وان قال العبد بالدين فيباع الذي
اكتسبه ويقضى دين الغرماء ثم جاء المولى فانكر الاذن فان القاضي
يكلف الغرماء البينة على الاذن فان اقاموها والا ردوا على المولى جميع
ما قبضوا من ثمن اكساب العبد ولا ينقض البيوع التي جرت من
القاضي في كسبه لان للقاضي ولاية بيع مال الغائب وتتأخر حقوق
الغرماء الى ان يعتق العبد لان الاذن لم يثبت لما انكر المولى فكان
محجورا والمحجور لا يؤاخذ بضمان الاقوال الا بعد ما يعتق بعد العتق
قوله وان لم يخبر فتصرفه اي ان لم يخبر العبد حاله الغائب بانه
ماذون يكون تصرفه دليلا على انه ماذون فيه قياسا واستحسانا يتناولهما انفا

قوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكره قبل ورقتين عند قوله ويتعلق دينه بكسبه
لان المولى انما يخلفه على الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ
قوله يبيع في الدين اي اذا لم يقض المولى دينه قوله لانه ظهر الدين
في حق المولى اي بقول المولى انه ماذون وحكم الماذون ان يباع
في الدين والحاصل هنا ما قال في شرح الطحاوي ان خبر المخبر على ثلاثة
اوجه خبر في الديانة وخبر في الشهادة وخبر في المعاملة فاما الخبر
في الديانة فيشترط فيها العدالة دون العدد كالشهادة على هلال
رمضان واما الشهادة فيشترط فيها العدالة والعدد واما في باب المعاملة
لا يشترط العدالة والعدد لانه لو شرط لضاق الامر على الناس لان
الغالب في المعاملة انما تجري على ايدي العبيد والخدم وليس كلهم عدولا
وما ضاق على الناس امره اتسع حكمه والله اعلم فصل
لما فرغ عن بيان اذن العبد شرع في بيان اذن الصبي الذي يعقل
والمعتوه وتقدم الاول لكثرة الاحتياج اليه لكثرته وقوته ولان
اذن العبد صحيح اتفاقا بخلاف اذن الصبي فان فيه خلاف الشافعي في
الاصل عدم الخلاف فقدم المجمع عليه لكونه اصلا قوله واذا اذن
ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون
اذا كان يعقل البيع وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما قيد بقوله
يعقل البيع لان الصبي اذا كان لا يعقل البيع والشراء فاذنه باطل فاذنه
واذن العبد سواء لان صحة التجارة بصحة العبارة ولا صحة لعبارة
من لا يعقل والمراد من قوله يعقل البيع والشراء ان يعقل معنى البيع
والشراء بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن
اليسير من الغبن الفاحش وليس المراد منه ان يعرف نفس العبارة
فانه ما من صبي يعقل البيع والشراء الا ويتلفظ بها كذا قال شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه وبعضهم قالوا معناه ان يعرف البيع ويقف
على قيمة الاشياء على وجه لو سئل عن قيمة شيء يعرف بتقويمه ولا
يجازف فاذا كان هكذا فالظاهر انه لا يغبن فيكون كالبالغ
فيصح اذنه في التجارة والا فلا كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي ومعنى قوله كالعبد الماذون انه ينفذ تصرفه في التجارات
جميعا فاذا اذن له في نوع من التجارة يكون ماذونا في الانواع كلها
وعند الشافعي اذن الصبي العاقل باطل وعلى هذا الخلاف اذن المعتوه
وكتابته كذا في شرح الكافي وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده

في مبسوطه وإذا أذن الرجل لابنه في التجارة وهو صغير لم يبلغ إلا أنه يعقل
البيع والشراء جاز إذنه وصار مأذونا له في التجارة وقال الشافعي
لا يصح إذنه ولا يصير الصبي مأذونا له في التجارة وكذلك الوصي وكذلك
المولى إذا أذن لعبده في التجارة وهو صغير يعقل البيع والشراء
فالمسألة على هذا الاختلاف وكذلك هذا الاختلاف إذا باع الصبي ماله
أو اشترى لنفسه قبل الإذن وهو يعقل البيع والشراء انعقد
بيعه وشراؤه حتى لو أجازه الأب أو الوصي جاز عندنا وقال الشافعي
لا يجوز بناء على مذهبه أن الصبي العاقل فاسد العبارة فما صار
مولّيا عليه كالطفل الذي لا عقل له سواء كان له في ذلك منفعة
في كل وجه كقبول الهبة والإسلام أو متردد بين النفع والضرر
كالتجارة فلا يصح إسلامه ولا ينعقد كلامه وعندنا لم يصر مولّيا عليه
فإنه صحيح العبارة فيما ينفعه حتى يصح تنفّله بالعبادات
أي عبادة كانت ويصح وصيته بالقرب ويصح اختياره لأحد الأبوين
بعد الفرقة لأن في هذه التصرفات نفع في حقه ولأنه ما ينفعه أو
متردد بين الضرر والنفع وإن كان يضره في كل وجه فإنه يكون
فاسد العبارة كالطفل الذي لا عقل له أصلا وإن لم يكن مولّيا
عليه كالطلاق والعتاق وعندنا الصبي العاقل صحيح العبارة
فيما ينفعه من كل وجه سواء كان مولّيا عليه أو لم يكن كقبول الهبة
والإسلام وإن كان مترددا بين الضرر والنفع كالتجارة فإنه
صحيح العبارة في حق الانعقاد حتى ينعقد تجارته موقوفا على
إجازة المولى وفيما يضره من كل وجه كالطلاق والعتاق
فاسد العبارة أصلا في حق الانعقاد والنفاذ جميعا كالطفل
الذي لا عقل له ثم للشافعي وجهان أحدهما أن الصبي محجور عليه
بالإجماع قبل الإذن وكان علة الحجر صباه والصبي قائم بعد
الإذن فيبقى محجورا والثاني أن الصبي مولى عليه في هذه التصرفات
قبل الإذن وبعد الإذن لأن يتصرف الولي في مال الصغير بولاية
فكان [illegible] أنه مولى عليه فإذا كان مولّيا عليه استحال أن يكون
واليا لما فيه بين كونه مولّيا عليه وواليا لأن كونه مولّيا عليه أمارة
العجز وكونه واليا أمارة القدرة فلم ينفذ تصرفه في التجارة
كما لم ينفذ في الطلاق والعتاق بخلاف التنفل بالعبادات
كالصوم والصلاة فإنه ينفذ لأنه ليس مولّيا عليه وكذلك الوصية بالقرب

أما قبل الإذن فظاهر وكذا بعد الإذن [illegible]

يصح

يصح منه عنده لا يدل على أنه غير مولى عليه فيها بخلاف الضرورة في تصحيح
مباشرته ولا ضرورة في التجارة لأنها تصح بمباشرة الولي و
لنا أن الصبي باشر تصرفا مشروعا وهو من أهل المباشرة
حقيقة وشرعا فيجب أن ينعقد هذا التصرف كما قبل الإذن
وأما بعد الإذن فلأنه باشر تصرفا مشروعا وهو من أهل المباشرة
حقيقة وشرعا وله ولاية على المحل المتصرف فيه بإذن المولى فيجب أن ينفذ
وإنما قلنا إنه باشر تصرفا مشروعا لأن الله تعالى أحل البيع مطلقا من غير
فصل بين البالغ والصبي فكان التصرف مشروعا ولأن المعنى الذي لأجله شرع
البيع لأجله في حق البالغ موجود في حق الصبي وذلك المعنى
إقامة مصالح العباد ودفع حاجتهم وإنما قلنا إنه من أهل
المباشرة لأن أهل الشيء من كان قادرا على ذلك الشيء والصبي قادر
على المباشرة حقيقة وشرعا أما حقيقة فظاهر لأنه عاقل مميز
وبالعقل يصير قادرا على التصرف لأنه بالعقل يعرف مضمون
التصرف ويميز بين نفع وضرر وبين خير وشر ولهذا قال
الشافعي يصح اختياره أحد الأبوين ويصح وصيته بالخيرات فلولا
الأهلية لما صح ذلك وأما شرعا فلأن العبارة التي بها ينعقد
الشرع بإذن الشرع وجد لأن الله تعالى شرع البيع مطلقا من غير فصل
بين البالغ والصبي والدليل على أن تصرفه مشروع أن الولي إذا باشر
البيع أو الشراء لأجله بطريق النيابة يصح فلولا أن التصرف مشروع
في حق الصبي لم يصح بمباشرة الولي أصلا ألا ترى أن الطلاق
والعتاق لما لم يكن مشروعا في حق الصبي لم يصح بمباشرة الولي الطلاق
والعتاق على امرأة الصبي وعبده ولما ملك الولي التصرف في التجارة
علم أنه مشروع في حق الصبي والدليل على صحة ما قلنا قوله تعالى وابتلوا
اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم
أموالهم أمر الوصي بأن يدفع إليه المال فلولا [illegible]
ذلك [illegible] على رشده وفساده والخطاب في الوصي [illegible]
فكان الوارد في الوصي واردا في الأب فلولا أن التصرف للصبي جائز
لم يأمر الله تعالى بذلك التسليم إليهم وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده
في مبسوطه أن النبي صلى الله عليه وسلم عرض الإسلام على علي رضي الله عنه
وهو صبي لم يكن بالغا فصحح النبي صلى الله عليه وسلم إسلامه [illegible]
أي طالب [illegible] بقوله إنه محجور عليه قبل الإذن لصباه قلنا لا

انه محجور عليه لصباه بل لغفلة وهذا بناء لعموم التحريم فاذا انضم الى رايه راي الولي صار هو كالبالغ سواء فيترجح جانب النفع
على جانب الضرر بل هو اقوى لانه تصرف محض وانما كان
اقوى لان النظر من الصبي الذي حصل راي واحد على سبيل الضرر
فيعتبر نفع المحض كالطلاق والعتاق فانهما ضار محض فلم يجعل
الصبي اهلا لهما اصلا لان الصبي انما يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز
ولكنه الطفل الذي لا عقل له فيعطى بعقله قبل البلوغ ولهذا
لم يتوجه عليه خطاب الشرع بل بشبهه بالبالغ جعل صحيح العبارة فيما
ينفعه من كل وجه كقبول الهبة والاسلام وفي حق الصفا والتجارة
الدائرة بين النفع والضرر لانه ربما يكون فيه منفعة وقد يكون ضرر
متى لم نقل بالانعقاد اصلا ينعقد موقوفا على اجازة الولي فان كان
فيه نفع لا نفوته باجازة الولي وان كان فيه ضرر لا يلي من لا بد
العبارة فيما هو ضرر من كل وجه كالطلاق والعتاق توقيفا على
استنهض حقها ولان الصبي مستثنى عن شرعية الطلاق بقوله صلى الله عليه وسلم
كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه وقوله انه يولى عليه
في التصرف فلا يكون والنا للجنايات قلنا لا نسلم الجنايات لانها انما تلزم
اذا اجتمع كونه وليا وقولنا عليه في تصرف واحد فاما اذا كان
في غير تصرف واحد فلا الجنايات ولان شرط الجنايات اتحاد المحل وقوله
والصبي بسبب الحجر لعدم كفاءته لا لذاته جواب عن قوله لان الحجر
لصباه ويندفع الاشكال انفا قوله وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء
بعد الاذن م
المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال اي بقاء ولاية الولي نظر للصبي
لاستيفاء المصلحة بطريق مباشرة المولى التجارة لاجل الصبي بطريق
مباشرة الصبي بنفسه وهذا جواب عن قوله لا يتوقف عليه فلا يكون
والثابت الجنايات نفي اي بقاء ولاية الولي مع جعل الصبي الثا
معتبرا ان احدهما استيفاء مصلحة الصبي بطريق نفسه والثاني احتمال
تبدل الحال لانه ربما يتبدل حال الصبي من كفاءته الى الغباوة فلا
يتدارك فكذلك لا يكون الصبي مولى عليه فلا بد من بقاء ولاية
المولى قوله لاحتمال وقوعه نفعا وصحة التصرف نفسه
يعني ان الدائر بين النفع والضرر يكون موقوفا على اجازة الولي
لانه يحتمل ان يكون فيه نفع فينفع نفعا للصبي ولان التصرف
صحيح في نفسه لانه مشروع صدر من اهله في محله فيصح فيه قوله
وصحة

في الكتاب
وصحة التصرف مجردا اي ولصحة التصرف قوله وكل الولي
اي في مختصر القدوري اراد به ما ذكره بقوله فاذا اذن ولي الصبي
قوله يستنظم الاب والجد عند عدمه اي عند عدم الاب والوصي
والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرطة وانما استظهر ذكر الولي
لان الولي من له ولاية على الغير شاء او ابى وهؤلاء لهم ولاية على
الصبي ولكن ذكر الوصي بعد ذكر الجد ليس للترتيب لان وصي الاب
مقدم على الجد الا ان يقال اراد بالوصي وصي الجد وهو مؤخر
عن الجد فان كنا والعصمة في شرح الطحاوي ولي الصغير ابوه او
وصي ابيه بعده ثم وصي جده ثم القاضي ومن نصبه القاضي سواء كان
ثم وصي وصيه م
الصغير في عيالهم او لا ولم يكن بعد من الشارع كما في الحصر قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فاذا لم يكن للصبي الا
وصي الام فاذن له او ليعمد في التجارة فاذنه باطل لانه لا يعقد
الاذن من جهتها فلا ينفذ اذنها ولا الامر بالتجارة ولا تملك الاذن بالتجارة
وكذا من نزل منزلتها واذن القاضي او الوالي الذي يستعمله القاضي
للصبي في التجارة جائز لان القاضي له ولاية على الصبي عند عدم
ابيه لانه ينزل منزلة ابيه فيما يملك ابوه وكذا الوالي لانه هو
القاضي على الحقيقة واذن امير الشرط ومن لم يول القضاء باطل
لانه انما فوض اليهم امر خاص فلا يلي التصرفات على الناس الى هنا لفظ
شرح الكافي والشرطة خيار الجند والجمع شرط وصاحب الشرطة
يراد به امير البلدة وانما سموا بذلك لانهم اشرطوا اي اعلموا
انفسهم بعلامة يعرفون بها قوله والشرط ان يعقل كون البيع
سالبا للملك جالبا للربح يعني ان الشرط في كون الصبي عاقلا
ان يعرف مضمون البيع لا انه يعرف مجرد العبارة ويحكم بما به قوله
والثابت بالعبد المأذون يعتقد انما يثبت العقود من الاحكام
يثبت في حقه اي في حق الصبي اراد به قوله ويصح البيع والشراء كالعبد
المأذون قوله ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد هذا في الاب
والجد والوصي لا في القاضي الا ترى الى ما ذكر في الفتاوى الصغرى
ان القاضي اذا راى الصغير والمعتوه او عبد الصغير يبيع و
يشتري فسكت لا يكون مأذونا في التجارة ونقله من فتاوى قاضي خان
قوله ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد اذا
فقط تزويج العبد لان الصبي المأذون له في التجارة يملك تزويج امته

من عبد فتره او من اجنبي اما لا يملكه بوجه ما منه من عبد لنفسه
صرح شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المأذون الكبير وشيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واقرار الصبي
المأذون بالدين والغصب واستهلاك الودائع جائز لانه من
ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها وملك الاقرار بالديون
من ضرورات التجارة لانه يبيع ويشتري فيلزمه الثمن ويسلم المبيع
فيحتاج الى ان يقر بذلك ولو لم يملك شيئا ملك الاقرار به ولانه
لو لم يملكه لامتنع الناس من المبايعة معه خوفا من ردها واحوال
التجارة معه فيؤدي الى انقطاع تجارته فوجب ان يملك ضرورة
ما ملكته التجارة وهذا في ديون التجارة ظاهر وما هو في معنى ديون التجارة
فاذا اقر بغصب او استهلاك فانه يصح لانه في معنى دين التجارة لانه دين
يلزمه بعوض يسلم له وكذا لو اقر بشيء من تركة ابيه لانه صح
وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان اقراره انما يصح بشيء
من تجارته اما بشيء ليس من تجارته لا يصح **قوله** والمعتوه الذي
يعقل البيع والشرا بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي
والجد دون غيرهم اي دون غيرهم من الاقارب لان اذن القاضي
يعم المعتوه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والمعتوه الذي
يعقل البيع والشرا في التجارة بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي
والجد الذي يعقل لانه ناقص العقل وان كان لا يعقل فهو مجنون
فيكون بمنزلة الصبي الذي لا يعقل لانعدام العقل ولو اذن المعتوه
الذي يعقل البيع والشرا في التجارة ابنه كان باطلا لانه مولى عليه
فلا يلي على غيره كذا في شرح الكافي وفي باب الحجر من المأذون
في شرح الكافي وموت الاب او وصيه حجر على الصبي لانه يتصرف بولايتهما
وولايتهما تنقطع بموتهما ولو كان القاضي اذن للصبي
او المعتوه في التجارة ثم عزل القاضي او مات فهما اي الصبي او المعتوه
على اذنهما لان القاضي لا يتصرف بولاية نفسه بل يتصرف بولاية
الخليفة او ولاية المسلمين وذلك قائم الا ترى ان اذنه بمنزلة الحكم منه
وسائر احكامه لا تبطل بموته او عزله فكذلك هذا وفي الجواهر زاده
في مبسوطه واذا كان للصبي او المعتوه اب او وصي او جد فكان
فرأى القاضي ان يأذن للصبي او المعتوه في التجارة فاذن له
وابى ابوه فاذنه جائز وان كان ولاية القاضي على الصغير مؤخرا

عن ولاية

عن ولاية الاب والوصي وذكر لان الاذن في التجارة حق الصبي
قبل الولي لانه مما ينتفع به لانه يهتدي بذلك الى التجارات فاذا
طلب من الاب وابى صار الاب عاضلا له فانتقلت الولاية
الى القاضي كالولي في باب النكاح اذا عضل انتقلت الولاية بسبب
العضل الى القاضي لان الانكاح من الكفو حق المرأة قبل الولي
فاذا امتنع الولي من الايفا انتقلت الولاية الى القاضي فكذا هنا
فان حجر عليه احد منهم لا يعود ذلك حجره باطل لان الحجر
والاذن وانما يصح ممن صح منه الاذن ولا يصح من القاضي
فلا يبطل حجر القاضي وان حجر عليه هذا القاضي بعدما عزل
لا يعمل لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضا فاذا لم يبق له ولاية
القضا لم يبق له الحجر وان حجر القاضي الذي قام مقامه عمل حجره ولاية
لان الثاني نائب عن الامام الاكبر كما يصح الحجر من الامام الاكبر
يصح من الذي قام مقامه وانما نقلنا هذه المسائل وان لم يذكر
صاحب الهداية لكثرة الفائدة والله اعلم **كتاب**

الغصب

وجه المناسبة بين الكتابين ان المأذون يتصرف
في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف فيه لا باذن شرعي فكان بينهما
مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب
ليس بمشروع ويجوز ان يقال لان المأذون يصح بالغصب والاستهلاك
كما يصح بما هو من التجارة فجر الكلام الى ذكر الغصب عقيب الاذن
ذكره شيخي في احكام قال صاحب الهداية الغصب في اللغة اخذ الشيء
من الغير على سبيل التغلب للاستعمال بين اهل اللغة وفي الشرع
اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده و
احترز بقوله محترم عن مال الحربي في دار الحرب فانه اذا اخذه المسلم
لا يسمى غصبا واختلفت عبارة مشايخنا في حد الغصب قال الناطفي
في كتاب الاجناس الغصب عبارة عن ايقاع فعل في العين يمكن نقله
بغير اذن مالكه على وجه يتعلق به الضمان كذلك علم من منع رجلا
من دخول داره ولم يمكنه من اخذ ماله لم يكن غاصبا لذلك لعدم الفعل
الذي ذكرناه وان كان حال بينه وبين ماله ومثله لو نقل ماله من موضع
صار غاصبا وقال بعض اصحابنا اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه
على وجه يتضمن تفويت يد المالك وقال الشيخ ابو الحسن القدوري
في شرح مختصر الكرخي حقيقة الغصب اخذ مال الغير بغير اذنه

فما وجدت فيه هذه الصفة كان غصبا وما وجد فيه احداهما فليس بغصب
لانه اذا اخذ مال الغير باذنه فهو مودع او مستعير او مرتهن
او مبتاع وقد يدخل في حكم الغصب ما ليس بغصب اذا ساواه في
حكمه مثل جحود الوديعة لان الجحود ليس بتناول بل انما يلحق بالغصب
على ضربين احدهما ما يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن العلم والثاني
لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن الجهل كمن اتلف ملك غيره وهو
يظن انه له والضمان يتعلق بهما جميعا لان اسباب الضمان يجوز
ان يتعلق بها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم واما المأثم فلا
يحصل الا مع القصد لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان
معناه رفع مأثم الخطأ والغصب محرم بالعقل لانه ضرر وادخال
الضرر على الغير وقد ورد الشرع بتأكيد ما اقتضاه العقل من
التحريم قال الله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة
عن تراض منكم وقال عز من قائل ان الذين يأكلون اموال اليتامى
ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا وقال صلى الله عليه وسلم
حرمة مال المسلم كحرمة دمه وقال عليه السلام دماؤكم واموالكم عليكم حرام
كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا وقال صلى الله عليه وسلم من غصب
شبرا من الارض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع ارضين وقال
صاحب التحفة حد الغصب الموجب للضمان هو ازالة يد المالك
صاحب اليد عن المال بفعل في العين على وجه التعدي واما اثبات
اليد على مال الغير على وجه التعدي بدون ازالة اليد فيكون غصبا موجبا
للرد لا موجبا للضمان وهذا عندنا وعند الشافعي هو اثبات اليد
على وجه التعدي ولهذا قلنا ان من سكن دار غيره بغير اذنه
يكون غصبا موجبا للرد ولكن لا يكون موجبا للضمان عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعلى قول محمد والشافعي يجب الضمان لو خربت الدار
وعلى هذا غصب العقار والمسألة معروفة ولو استخدم مملوك رجل
بغير اذنه او بعثه في حاجة او ركب دابة له او حمل عليها شيئا
فهلكت فهو ضامن لما قلنا وان لم ينقل شيئا مما يحتمل النقل
كما اذا جلس على بساط الغير لا يضمن ولهذا قلنا ان زوائد
الغصب متصلة كانت او منفصلة مثل الولد واللبن والصوف
والسمن لا تكون مضمونة خلافا للشافعي لعدم ازالة اليد
ولو جاء المالك وطلب الزوائد فمنعها عن التسليم يضمن بالاجماع

قوله قال

قوله قال ومن غصب شيئا مما له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده
فعليه مثله اي قال في مختصر القدوري وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله
ويكون ان يروى بالاضافة ضمان الى مثله والتفاوت في العبارة لا في الاصل
في ايجاب المثل قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم بيانه ان الله تعالى اوجب المثل في ضمان العدوان حقا للمجني
المثلي ثم المثل المطلق اما هو مثله صورة ومعنى وهو المثل الكامل
كالحنطة للحنطة والشعير للشعير لانه جنسه في الصورة والمعنى جميعا يعني
هو المالية فيصار الى المثل الكامل عند الامكان صيانة لحق المجني
ولا معتبر بالجودة والرداءة لان ذلك ساقط في الاموال الربوية واما ما هو
مثله معنى لا صورة كما في ذوات القيم وهي التي تتفاوت آحاده فيجب
فيها القيمة لعدم امكان ايجاب الصورة للتفاوت فقام القيمة
فالقيمة مقام المماثلة صورة ومعنى للعجز عن الصورة والقدرة
على المعنى لانه فاتت الصورة وبقي المعنى قال الشيخ ابو الحسن
البغدادي في شرحه لمختصر الكرخي واما ان كان المغصوب هالكا
فعلى ضربين ان كان مما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود الذي
لا يتفاوت فعلى الغاصب مثله وقال نفاة القياس عليه قيمته
لنا ان المثل في المكيلات والموزونات اعدل من القيمة والقيمة يدخلها
اقل من التفاوت فيها والواجب ان يقضى بما هو الاعدل ولانه اذا
علق ملك رد العين والجنس والمكيل جنسهما فكان ذلك اولى من تفويت
الفوات فيهما احدهما وتحصيل الآخر واما المعدودات التي لا تتفاوت
كالجوز والبيض فعلى مستهلكها مثلها عندنا وقال زفر قيمتها وهو فرع
على جواز السلم فيها وقد بيناه في البيوع فاما اذا كان المغصوب مما لا
مثل له فان الواجب فيه القيمة وقال اهل المدينة المثل لنا ان
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم في عبد بين رجلين يعتقه احدهما نصيبه الذي
لم يعتق بقيمته فصار ذلك اصلا في اتلاف كل ما لا مثل له ولان القيمة في
الاعيان المختلفة اعدل من المثل لانه لا يكاد يتفق
عينان على صفة واحدة فالواجب القضاء بما هو الاعدل فاما قول
الله عز وجل فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
فان المثل قد يعبر به عما قام مقام الشيء وان لم يكن مثلا
في الحقيقة فان جزاء سيئة سيئة مثلها ومعلوم ان الاولى
الاولى معصية والثانية عقوبة وليست مثلا لها في الحقيقة

قوله فعليه الضمان مثله اي كذا في بعض نسخ مختصر القدوري فعليه ضمان مثله اي ضمان هو مثله

قال شمس الائمة البيهقي وما روي من ضمان القصعة بالقصعة في حديث انس محمول
على التبرع او الصلح لا اصلاً اراد به ما ذكر ابو داود في السنن قبل كتاب
الغصب باسناده الى حميد عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان عند بعض نسائه فارسلت احدى امهات المؤمنين مع خادمها
بقصعة فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة
فاخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الى الاخرى فجعل يجمع فيها الطعام
ويقول غارت امكم كلوا فاكلوا حتى جاءت بقصعتها التي في بيتها
وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة الى
الرسول وحبس المكسورة في بيته وروى صاحب السنن ايضا باسناده
الى عائشة قالت ما رايت صانع طعام مثل صفية صنعت لرسول الله
طعاما فبعثت به فاخذني افكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما
كفارة ما صنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام وما روي عن
شريح من قوله من كسر عصا لاخيه فهي له وعليه مثلها فالمراد منه
المثل الذي هو القيمة بدليل ما روى الحكم عن شريح انه قال فعليه
قيمتها كذا ذكره العيني وما روي في اول كتاب الغصب ان اعرابيا
اتى عثمان بن عفان فقال ان بني عمك عدوا على ابلي فقطعوا البانها
واكلوا فصلانها فقال له عثمان اذا نعطيك ابلا مثل ابلك وفصلانا
مثل فصلانك فهو محمول على التبرع بدليل ان عثمان لم يسأل الاعرابي
البينة على ذلك وانما دفع على طريق التبرع لشرح الواقعة في اي
كان ذلك بطريق الصلح لا رجحانه في الاعمام اي يوجب الضمان على عثمان
وانما فعل ذلك تكرما وحاصل الكلام هنا ما قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي ان المغصوب لا يخلو اما ان يكون غير منقول كالحانوت
والدار والارض والكرم ونحوها او يكون منقولا والمنقول لا يخلو
اما ان يكون مثليا كالكيلي والوزني الذي ليس في تبعيضه ضرر نحو
غير المصوغ منه والعددي المتقارب كالجوز والبيض والفلوس
وما اشبه ذلك من العددي المتساوي واما ان يكون غير مثلي كالحيوان
والذرعيات والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان والوزني
الذي في تبعيضه ضرر وهو المصوغ منه اما اذا كان المغصوب
غير منقول كالدار والعقار والحوانيت فانهدمت بآفة سماوية
او جاء سيل فذهب بالبناء والاشجار او غلب السيل على الارض
فبقيت تحت الماء فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف

وعند

وعند محمد وهو قول ابي يوسف الاول يضمن وان فعل يضمن واجمعوا انها
اذا اتلفت من سكناه ضمن لانه باتلاف تضمنه تجارتها اذا انهدمت
بالهدم وعمره وكذلك اذا قلع الاشجار يضمن ما قلع ويقطع بالاجماع
ولو هدمه رجل آخر او قلع شجره فانه للمالك ان يضمن الهادم دون
الغاصب في قول محمد له الخيار ان شاء ضمن الهادم وان شاء ضمن
الغاصب ويرجع الغاصب على الهادم وكذلك لو زرع الارض
المغصوبة فالخارج له ويضمن نقصان الارض بالاجماع واما اذا كان
المغصوب منقولا فهلك في يد الغاصب او استهلكه الغاصب فانه
ينظر ان كان المغصوب مثليا وجب على الغاصب مثله وان كان غير مثلي
وجبت عليه قيمته يوم الغصب ولو استهلكه غير الغاصب في يد الغاصب
فان المغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ويرجع الغاصب
بما ضمن على المستهلك وان شاء ضمن المستهلك ولا يرجع على الغاصب ولو
غصبه من الغاصب غاصب آخر فهلك في يد الثاني او استهلكه فان
المغصوب منه بالخيار في الاول بالخيار وانما يستقر حاصل الضمان على الثاني
فلو اودعه عند رجل فهلك عند المودع فالمغصوب منه بالخيار
ان شاء ضمن الغاصب ولا يرجع على المودع وان شاء ضمن المودع ويرجع
المودع على الغاصب بما ضمن فلو استهلكه المودع فالجواب على ضد هذا
ويستقر حاصل الضمان على المودع وكذلك لو آجره الغاصب او رهنه
فهلك كان للمغصوب منه ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الغاصب لم
يرجع على المستأجر او المرتهن ولكن يسقط دينه بهلاك الرهن في
يد المرتهن وان ضمن المستأجر يرجع على الغاصب بما ضمن الا اذا استهلكه فلا (اي رضي المرتهن)
يرجع به على احد ولو اعاره الغاصب فهلك عنده كان المغصوب منه
بالخيار على ما ذكرنا وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه ولو استهلكه
المستعير يستقر حاصل الضمان على المستعير ولو باع الغاصب
فالمغصوب منه بالخيار يضمن ايهما شاء فان ضمن الغاصب جاز
البيع والثمن له وان ضمن المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع وبطل
البيع فلا يرجع بما ضمن عليه ولو نقص المغصوب في يد الغاصب
ضمن الغاصب النقصان ويرده على المغصوب منه مع ضمان
النقصان الا ان يكون النقصان بجناية غير الغاصب فالمالك
بالخيار في ضمان النقصان ان شاء ضمن الغاصب ويرجع
الغاصب على الجاني وان شاء ضمن الجاني ولا يرجع الجاني على الغاصب

ولو ازداد المغصوب في يد الغاصب فلصاحبه ان يسترده مع الزيادة
لانه نما ملكه فيتبع الملك لمالكه ولو اغتصب من رجل جارية او غلاما
قيمته الف درهم فازداد في قيمته في شهر او نحوه او اكثر ثم هلك
عنده ضمن قيمته يوم الغصب بالاجماع ولو لم يهلك ورده فصاحبه
بالخيار ان كان النقصان في البدن ضمن قيمة النقصان وان
كان النقصان في السعر فلا ضمان ولو استهلكه بعد النقصان ضمن
قيمته يوم الغصب ولو استهلكه بعد الزيادة يكون بقيمته
وسلمه الى المشتري فهلك في يد المشتري فالمغصوب منه بالخيار
ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وجاز البيع والثمن للغاصب
وان شاء ضمن المشتري قيمته يوم الغصب وبطل البيع ويرجع المشتري
على الغاصب بالثمن ليس له ان يضمن الغاصب قيمته يوم التسليم عند
ابي حنيفة وعندهما له ان يضمن قيمته يوم التسليم ان شاء ولو قتله الغاصب
فقتلا بعدما ازداد قيمته فالمغصوب منه بالخيار بالاجماع ان شاء
ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شاء ضمن قاتله الغاصب
القاتل قيمته يوم القتل زائدة في ثلاث سنين ولو كان المغصوب
حيوانا سوى بني آدم فقتله الغاصب بعد الزيادة يتخير عند ابي حنيفة
لا يضمن الا قيمته يوم الغصب لانه غير بني آدم لا يتحمله
العاقلة فهو استهلاك الاموال الى هنا لفظ شرح الطحاوي قوله [illegible]
قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون قال القدوري
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
غصب شيئا مما يكال او يوزن فلم يقدر على مثله فخوصم فيه فعليه
قيمته يوم يختصمون وان كان مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم غصب [illegible]
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر فيه الخلاف فيه كما ترى
فعلم بهذا ان المثلي اذا انقطع يجب على الغاصب القيمة يوم الخصومة
باتفاق علمائنا الثلاثة في ظاهر الرواية ولهذا قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ولم يذكر فيه خلافا ان عليه قيمته يوم الغصب
وروي عن محمد ان عليه قيمته يوم الانقطاع وهو قول زفر وان كان الشيء
مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم الغصب في قول علمائنا الثلاثة وفي
قول الشافعي عليه اكثر القيمتين من يوم الغصب الى يوم الهلاك لان
من اصله ان زيادة المغصوب مضمونة الى هنا لفظ الفقيه وانما
الاختلاف مذكور في النوادر ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير

وقال

وقال في كتاب الغصوب من الاصل وما لك رجل غصب ارضا او حيوانا
فهلك عنده ضمن قيمته يوم غصبه لا يوم يتلف ولا اكثر القيمتين
ومن غصب شيئا من المكيلات والموزونات فهلك عنده وجب عليه رد
مثله ولا يلزمه قيمته يوم غصبه لا يوم يتلف ولا اكثر القيمتين
ومن غصب شيئا من المكيلات والموزونات فهلك عنده وجب عليه
رد مثله ولا يلزمه قيمته يوم غصبه الا ان لا يجد مثله فيغرم
قيمته يوم غصبه الى هنا لفظ التفريع قيل في تفسير الانقطاع ان
لا يوجد في السوق وان كان يوجد في البيوت ولكن الاصح ان يكون الشيء
بحيث لا يوجد في زمان خاص بمضي زمانه كالرطب مثلا والدليل على هذا
ما ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وغصب ما يوجد في زمان دون
زمان فما دام غصبه الغاصب في حينه ثم انقطع في حال القضاء عليه
قال ابو حنيفة فالحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال ابو يوسف
يوم غصبه وقال محمد يحكم عليه بقيمته يوم انقطاعه الى هنا لفظ
الكرخي في مختصره ويدل عليه ما ذكره في شرح الطحاوي ايضا قال
ومن غصب شيئا لرجل مما له مثل من جنسه ثم انقطع ذلك من ايدي
الناس وصار مثله غير موجود يعني غالبا ولا يوجد الا في حين عاصب
الثمار بالخيار ان شاء انتظر الى وجود مثله فيأخذ المثل وان شاء لم ينتظر
واخذ القيمة واختلفوا فيه على ثلاثة اقوال قال ابو حنيفة يضمن
قيمته يوم الخصومة وقال ابو يوسف يضمن قيمته يوم الاستهلاك
او يوم الغصب وقال محمد يغرم قيمته آخر ما كان موجودا في ايدي الناس
الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي رحمه الله قول محمد ان المثلي اذا
انقطع من ايدي الناس صار بالانقطاع كما لا مثل له حين عدم
القدرة على الاداء بمثله فوجب القيمة ولكن يوم الانقطاع لان قبل الانقطاع
لم يكن موجبا للقيمة وقال ان المغصوب لما كان مثليا فضمان الرد واجبا
عليه بمثله حينئذ وانما ينتقل الحكم من رد العين الى القيمة وقت
الانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع لان الغصب صار كأن لم يوجب
للقيمة ووجه قول ابي يوسف انه لما انقطع المثلي صار كما لا مثل له
وفيما لا مثل له يجب القيمة يوم الغصب فكذا هنا وهذا لان السبب
الموجب للضمان هو الغصب مثل ما كان المغصوب غير مثلي فيعتبر
وقت الانقطاع انعقاد السبب وهو يوم الغصب ووجه قول ابي حنيفة
ان حق المغصوب منه وان انعقد السبب في المثل لا في القيمة وانما ينتقل

الى القيمة لتعذر المثل بخروجه عن الانقطاع كما ينتقل الحق من المثل
الى القيمة الا ترى انه لو صبر الى اوانه يتمكن من ان يقضي القاضي بالقيمة
ثم اختصموا السنة يقضي بالمثل فلو كان انتقل الى القيمة بالانقطاع
يوم الخصومة فيعتبر القيمة يوم الخصومة لانه زمان التحول كما في
ولد المغرور انه بمنزلة العبد في حق المستحق وهو انه بمنزلة
ولد المغصوبة فاذا خاصمه المستحق صار المغرور متلفا له باحتباس
حقه في الحرية فاعتبر الحق منتقلا من العين الى القيمة يوم الخصومة
فكذا هنا كذا في شرح المثلي اذا هلك حتى يكون القيمة يوم الغصب
لان المغصوب مضمون بالقيمة عند وجود الغصب لما لم يمكن ايجاب المثل
فاعتبر زمان سبب وجوب الضمان وهو يوم الغصب وبحق نا اخذ بقول
محمد **قوله** فاما ما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه اي بالاتفاق العددي
ولكن لم يذكر قوله يوم غصبه وانما ذكره في الجامع الصغير وصورته فيه
وان كان مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم غصبه وهذا من قبيل
ما قال صاحب الهداية معناه العدديات المتفاوتة اي معنى ما لا مثل له
وهذا تفسير من صاحب الهداية لانه تفسير الكلي بالجزئي لان صح
ما لا مثل له يشمل الحيوانات والذرعيات والعددي المتفاوت
كالبطيخ والرمان والوزني الذي في تبعيضه ضرر وهو المصنوع
منه وغير ذلك كذا في شرح الكافي وهذا العبد لما لا مثل
مثل له اذا لم يمكن رد عينه بعد تغيره ذاتا ووصفا واختلف من
قبل هذا وهو مذهب ابن سيرين كذا في شرح الكافي وكذا ان التماثل
من حيث الصورة فقد يكون من الشيء بعضها متعلقا بالمالية
فلا يتحقق الجبر وكذا اذا انتفى المالية متعلقان في اغراض اخر
فلا ينتفع الجبر ايضا فكان العدول الى القيمة ليستفيد بها المقصود
منه ان شاء او يشتري بها ما شاء من الكل ما يوافقه فكان
العدول الى القيمة وفيها المماثلة من حيث المعنى اولى وقد اشار
الى هذا بقوله وفي غصب شيء لا مثل له المعتبر هو القيمة
يوم الغصب لان الموجب للقيمة هو الغصب فيعتبر زمان الغصب
قوله واما العددي المتقارب فهو كالكيلي حتى يجب مثله
وهذا مذهب علمائنا الثلاثة وعند زفر يجب القيمة وقد مر قبل هذا
والعددي المتقارب ما لا يتفاوت آحاده في المالية كالجوز
والبيض وكذلك **قوله** وعلى الغاصب رد العين هذا في العددي

ق

في مختصره يعني هذا الذي ذكرنا من تعيين المثل او القيمة في
المثلي وغير المثلي فيما اذا لم يكن العين قائمة اما اذا كانت قائمة
فيجب على الغاصب رد العين المغصوبة لما روى اصحابنا في كتبهم
عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يأخذ احدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا
فاذا اخذ احدكم عصا صاحبه فليردها عليه وقال صلى الله عليه وسلم
على اليد ما اخذت حتى ترد وقال من وجد عين ماله فهو احق به وقال
حرمة مال المسلم كحرمة دمه ولان حق المالك في عين ماله فاذا عدل
الغاصب على ذلك لم يعجز الرجوع الى بدله الا برضاه ولان المقصود
ازالة الظلامة وذلك يكون برد العين ما دامت باقية فانه ازيد
بدلها مع القدرة عليها فهي ظلامة اخرى **قوله** وقال صلى الله عليه وسلم
لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا وان اخذه فليرده
وذكر في الفائق هذا الحديث بغير حرف العطف وحرف السوء عن النبي صلى الله
عليه وسلم لا يأخذن احدكم متاع اخيه لاعبا جادا قال صاحب الفائق وهو
ان لا يريد باخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب
في مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى عليه وهو قاصد للعب
وهو يريد انه يجد في ذلك لسفيفه ونحوه قال النبي صلى الله عليه وسلم
لا يحل لمسلم ان يروع مسلما وعنه اذا مر احدكم بالسهام فليمسك
بنصالها وعنه انه مر بقوم يتعاطون سيفا فنهاهم عنه ذكره في الفائق
في الكلام مع العين ووجدت صاحب السنن اسناده الى عبد الله بن السائب بن
يزيد عن ابيه عن جده انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
لا يأخذن احدكم متاع اخيه لاعبا جادا ومن اخذ عصا اخيه فليردها
وفي رواية في السنن لعبا ولا جدا قال الخطابي في شرح السنن في معنى قوله
لاعبا جادا هو ان يأخذه على سبيل الهزل واللعب ثم يحبسه ولا يرده
فيكون ذلك جدا **قوله** وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة
مخلص يعني ان المشايخ اختلفوا في ان الموجب الاصلي في الغصب
فقال بعضهم الموجب الاصلي رد العين ورد القيمة مخلص عند وهذا
+ حق وصواب لانه يجب عليه رد ما اخذه لقوله صلى الله عليه وسلم
على اليد ما اخذت حتى ترد ولقوله صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله
فهو احق به هذا اذا كان قادرا على رد العين فان لم يكن فحينئذ لا
يجب عليه رد المثل ان كان مثليا كما ذكره وفي القيمة ان لم
يكن مثليا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة فان كان زيادة لم

على المثل صورة ومعنى يجب عليه المثل وهو المثل الكامل وان لم يكن
معنى قادرا على المثل يجب عليه رد المثل وهو المثل القاصر كقيمة المثل
بعد الانقطاع وقال بعضهم الموجب الاصلي رد القيمة ورد العين
مخلص واستدلوا على هذا بالاحكام منها اذا ابرأ الغاصب عن الضمان
حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعد ذلك في يده لا يجب عليه شيء ولو لم
يكن وجوب القيمة في هذه الحالة لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها
ان الكفالة لا تصح بالعين وتصح الكفالة بالمغصوب فعلم ان
الموجب الاصلي هو القيمة ومنها ان الغاصب اذا كان له نصاب في ملكه
وبيده غصب وهو قائم فلا تجب عليه الزكوة اذا استغرق النصاب
مقابلة وجوب قيمة المغصوب عليه فاقول وبالله التوفيق طريق الذي صح
ذكروه في اثبات الزكوة لا يقبله الا ضعيف الرأي فلو كان الموجب
الاصلي هو رد القيمة ورد العين مخلص عنه كان للغاصب ان يقول خذ
قيمة هذا المغصوب وهو يفتكل الذي يجب اصالة فلم يكن له ان يأخذ
عين المغصوب لان رد العين ثم مقام القيمة خلفا ومخلصا عنها وانما
يقدر على القيمة التي هي الاصل فلا مصير الى الخلف مع القدرة على الاصل
وهذا خلاف كلام الله تعالى لان اكل مال الغير بالباطل لا يحل لكن لم
يرض الا بعوض حقه قال تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا
ان تكون تجارة عن تراض ما الجواب عن مسئلة الابراء قال صدر الاسلام
البزدوي في مبسوطه في باب الصلح في الغصب رجل غصب من انسان
كرا حنطة فصالحه على نصفه ان كان مستهلكا جاز لانه ابراء عما زاد
كان قائما ان كان بحضرتهما لا يجوز سواء كان الصلح على نصف ذلك الكر
او على النصف الاخر لانه باع الكر بنصف الكر والابراء عن نصف الكر
وهو عين والابراء عن الاعيان باطل فيكون الصلح باطلا واما اذا لم
يكن بحضرتهما فانه يجوز الصلح لانه اذا لم يكن بحضرتهما فتعذر ظهوره يحتمل
الهلاك فيمكن تجويز الصلح بطريق الابراء وهو ان يجعل ابراء عن نصف
الكر ويتقبضا بعد نصف الكر اذا وقع الصلح على النصف الاخر
واذا وقع الصلح على نصف ذلك الكر يجعل هذا النصف قائما والنصف الاخر
هالكا اذ يجوز ان يكون نصفه هالكا ونصفه قائما فيكون ذلك
بيع نصف الكر والابراء عن النصف الثاني فهو الصلح يجوز حتى
الظاهر لانه هلك من صار الظاهر اما في الحقيقة لا يجوز حتى لو ظهر
الزيادة على نصف الكر لان الكر قائم في الحقيقة الى هنا لفظ صدر الاسلام

فعلم

فعلم ان الابراء عن المغصوب حال قيامه لا يصح بخلاف ما قاله هؤلاء
والجواب عن صحة الكفالة بالمغصوب فاقول لا نسلم ان الكفالة بالعين
لا تصح مطلقا بل تصح بالعين المضمونة بنفسها بان كان العين
المضمونة على نوعين مضمون بنفسه وهو ما يجب عند هلاكه مثله
ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل ومضمون بغيره وهو ليس
كذلك وهذا كالمبيع في يد البائع والرهن في يد المرتهن فان هلك
احدهما لم تصح لانهما غير مضمونين بنفسهما ولهذا لو هلك المبيع في
يد البائع انفسخ العقد ووجب عليه رد الثمن ولم يجب قيمة المبيع اذا
لم يجب بالهلاك حتى لم يلزم الضامن شيء وكذلك الرهن اذا هلك
في يد المرتهن صار مستوفيا بهلاكه ولا يلزمه شيء فلذلك لم تصح الكفالة
فان قيل يشكل بالمسلم فيه جاز لان المسلم فيه محقق على البائع ويكفي استفاده
من الكفيل في الكفالة والقسم الاول تصح الرهن والكفالة به ويلزم
الضامن رد العين حال بقائها ودفع قيمتها بعد هلاكها لانه مضمون
على الذي هي في يده على هذا الوجه فيلزم الكفيل ضمانه على ذلك الوجه
وهو كالمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة وبدل الصلح عن القصاص
والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء او بيع فاسد وفي صحيح
كون الرهون والكفالة بهذه الاشياء شرح الطحاوي وشرح الاقطع نص
على ذلك الكرخي ايضا في باب ضمان الاعيان من كتاب الكفالة في مختصره
وقال شمس الائمة السرخسي في كفالته رجل قال لاخر غصبني فلان
عبدا فقال انا ضامن للعبد الذي تدعي فهو ضامن للعبد فان
استهلكه فهو ضامن القيمة فعلم بذلك مجموع ما ذكرنا ان حكم
الكفالة لم يرد على الدين فلم يكن الموجب الاصلي للغصب هو القيمة
والجواب عن مسئلة الزكوة اذا غصب شيء بيده نصاب والمغصوب قائم
في يده فلا نسلم انه لا يجب الزكوة في ملكه فلا بد من تصحيح النقل
عن كتب محمد بن محمد حمزة نحوه من هذا في كتابنا الموسوم بالتلبيس في بيان
ان المصنف رحمه الله تعالى [illegible] للكفالة مجازا والله الحمد والمنة على هدايته
قوله فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية
لاظهرها ثم يقضي عليه ببدلها هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان رد العين واجب على الغاصب [illegible] فاذا ادعى هلاكها الذي
يكون مسقطا للحكم الظاهر لان الاصل كونها باقية [illegible] ولما لم يعارض
يحبس الى ان يظهر عند القاضي ان العين لو كانت باقية لاظهرها وذكر

بلغ المقابلة

لان في الواحد ظلم لكل عوض وبعوضه حتى كذا (الحدس)
لكن عليه دين من ثمن متاع طولبه فادعى الافلاس ثم اذا ظهر عنده (الناقص)
ما يدعيه الغاصب من هلاك العين سقط عنه رد العين ويوجد بدلها
وهو القيمة قوله والغصب فيما ينقل ويحول اي في العقار
في محصوره ونحوه ثمه واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه اي الغصب الموجب للضمان
انما يتحقق فيما ينقل ويحول اما غصب العقار فلا يوجب الضمان
عند ابي حنيفة خلافا لمحمد وقال صدر الاسلام في شرح الكافي الذي هو
مبسوطه من غصب دارا او ارضا ثم اتى سيل عليها
عند ابي حنيفة وابي يوسف لو انهدم بناؤها من غير سكناه وقال محمد
ويضمن وقال في الطريقة البرهانية الغصب لا يتحقق في
الدور والعقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وهو قول ابي يوسف الاول
وهو قول محمد وان قيل يتحقق وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال
ابو حنيفة الدور والعقار لا تضمن بالغصب وهو قول ابي يوسف اخرا
وقال محمد وانه يضمن وهو قول ابي يوسف اولا الى هنا لفظ الطريقة
وهذا خلاف بينهما في غصب الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة
وابي يوسف كما قال الفقيه يتحقق فيها الغصب ولكن على وجه لا يوجب الضمان
وانه قال الفقيه قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه
عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه اثبت الغصب ونفى الضمان وقال الفقيه
لا يتحقق خلافا قاله اكثر المشايخ وجه قول محمد ان حكم الغصب
الغصب حكم متعلق بالغصب والغصب يتحقق في الدور والعقار
فيجب الضمان بيانه ان اليد ... المالك ... اثبت اليد عليه
السنة والاجماع والمعقول اما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من
الارض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع ارضين بين ان النبي صلى الله عليه وسلم
اطلق اسم الغصب في الدور والعقار ولولا تحقق الغصب فيها لما
تطلق والكلام حقيقته ما لم يقم دليل المجاز واما الاجماع فان الدعوى
للدور والعقار ... ليس لدى القاضي ان هذا غصب ... دارا
سمع القاضي دعواه بالاجماع فلولا ان الغصب يتحقق فيها
لم يسمع دعواه واما المعقول فهو ان الغصب لا يخلو اما ان
يكون اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه كما قال اصحاب الشافعي او
اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه على وجه يتضمن تفويت يد المالك

كما قال

(الضمان)
كما قال اصحاب ابي حنيفة فانا ما كان يوجد حد الغصب يجب الضمان
اما الاول فلان اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه لما وجد حجر المالك
عن الانتفاع بالمحل لانه متى ثبت يد الغاصب على المحل لا يتصور
ثبوت يد المالك عليه لان اجتماع اليدين من جنس واحد على محل
لا يتصور فيفوت يد المالك ضرورة تحقيقه ان اثبات اليد عبارة
عن الاستيلاء والاستيلاء يتحقق في الدور والعقار الا ترى ان الغزاة
يملكون اراضي الكفار بالاستيلاء كما يملكون سائر اموالهم بالاستيلاء
ليس الا اثبات اليد فدل ان هذا الحد يتحقق في الدور والعقار وان
كان حد الغصب اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه على وجه يتضمن
تفويت يد المالك فيتحقق ايضا لانه متى ثبت يد الغاصب على المحل
زال يد المالك عنه ضرورة لان اجتماع اليدين الثابتتين على سبيل
الكمال على محل واحد لا يتصور ولا يلزم على هذا اذا جلس على بساط
انسان حيث لا يصير غاصبا بمجرد اثبات اليد بالجلوس لانه لم يوجد اثبات
اليد على سبيل الكمال لان ذلك لا يوجد في المنقول الا بالرفع والنقل
ولم يوجد ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من غصب شبرا
من الارض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع ارضين وجه الاستدلال
ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل جزاء غصب الارض التطويق يوم القيامة فلو
كان الضمان واجبا لبينه لان الضمان من حكم الدنيا والحاجة اليه
امس او نقول ان جزاء الشيء ما يكون كافيا فيكون جزاء كقول الرجل
من دخل داري فله درهم والتطويق لما وقع جزاء كان كافيا فلا حاجة
الى ايجاب الضمان فمن اوجب الضمان كان مخالفا لنص النبي صلى الله عليه وسلم
والفقه في المسألة ان ما ليس بمنقول ليس بمحل للغصب لان الغصب
الذي تعلق به الشرع وجوب الضمان هو ازالة يد المالك عن العين بتفويت يد
المالك وازالة قدرته عن الانتفاع به كما في غصب العين وهذا يتحقق في (والمجاورة)
المنقول لا في غيره لانه اذا نقله فقد اخرجه عن ان يكون منتفعا
به لمالكه في العين وهو المقصود لانه انما ينتفع به المالك اذا كان
قريبا فاذا بعده الغاصب فقد اخرجه من كونه منتفعا به في حق
المالك فكان غصبا موجبا للضمان وهذا المعنى لا يتصور في العقار
لان العقار في الموضع الذي كان فيه قبل ثبوت يد الغاصب عليه ولم يتبدل
حال المحل فالمالك قادر على ان يدخل الدار ويسكن فيها ولو كان
الغاصب داخلا فيها وسكن فلم يكن المالك عاجزا عن الانتفاع الا اذا

منعه الغاصب فحينئذ يتحقق ازالة المالك عن الانتفاع بمعنى في المالك لا في المحل
فهذا معنى قولنا ان الغصب الذي هو ازالة اليد في المحل لا يتصور في العقار
لانه يتصور بتحقق في المنقول بواسطة النقل وهذا يشير الى ما قلنا ان
الغصب المذكور في الحديث مجاز لا حقيقة فان قلت سلمنا ان الغصب
تفويت يد المالك بمعنى في العين ولكن لم قلت ان تفويت يد المالك بمعنى
في المالك ليس بموجب للضمان قلت لان التفويت بمعنى في العين يكون
في معنى الهلاك حكما في حق الضمان واذا كان التفويت بمعنى في المالك والمحل
لو كان لا يكون الشيء هالكا حكما فصار كما اذا بعد الراعي عن المواشي
فهلكت حيث لا ضمان عليه فان قيل سلمنا ان تفويت اليد بمعنى في
العين هو المعتبر ولكن لم لا يجوز ان يكون تفويت اليد بمعنى في المالك قائما مقام
التفويت بمعنى في العين اذا لم يكن التفويت بمعنى في العين كما اذا اودع
عقارا عند انسان فجحد الوديعة يضمن وان لم يوجد التفويت في
المحل وكذلك الغاصب اذا منع ولم يرد المغصوب على المالك بعد طلبه
يضمن وان لم يوجد التفويت في المحل قلت لا نسلم انه اذا جحد الوديعة
يضمن لان في رواية الامام علاء الدين العالم قال في طريقته الخلافية اذا اودع عند
انسان عقارا فجحده عند ابي حنيفة لا يضمن فيمنع على هذا او نقول
في الضمان بجحود الوديعة تفصيل قال الناطفي في كتاب الغصب
من الاجناس كان شيخنا ابو عبد الله الجرجاني يقول انه على وجهين
ان نقل الوديعة عن الموضع الذي كانت فيه حال جحوده وهلكت
ضمن وان لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن وعد من
هذا امره في كتاب الوديعة فعلى هذا لا يرد السؤال لانه لا يجب
الضمان بالجحود لان العقار لا يتصور فيه النقل عن موضعه
ولئن سلمنا ان الضمان يجب بجحود الوديعة في المنقول من غير الجحود
لم يضمن عندنا ولكن بالجحود صار الاخراج سببا للغصب
لان المودع كان التزم الحفظ فلما جحد ترك الحفظ فجعل اخذه
غصبا وكذلك منع الغاصب او انه ليس هو الموجب للضمان وانما الموجب
للضمان هو الاخذ السابق واثبات اليد عليه بطريق التسبب
فجعل ذلك سببا للضمان بشرط المنع وذكر فعلا في العين بطل اعتباره
غصبا فلا يتحقق مثله في العقار حيث لم يوجد فعل في العين فلا يضمن
وتسميته الغصب في الحديث مجاز كما في قوله صلى الله عليه وسلم من باع
حرا فأكل ثمنه يدل عليه ما روي في الصحيح البخاري عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم

من اخذ

من اخذ من الارض شبرا بغير حقه خسف به يوم القيامة الى سبع ارضين
او نقول ولئن سلمنا انه غصب حقيقة كما قال بعض اصحابنا
لكنه ليس بغصب موجب للضمان كغصب الخمر والخنزير في حق المسلم
وهذا الموضع هو الذي وعده صاحب الهداية قبل باب السلم
بقوله وسنبينه في الغصب عند قوله ومن باع دارا لرجل وادخلها
المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف
اخرا قوله لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
اي اليدين المتنافيين يد المالك ويد الغاصب لان احداهما موجبة
للضمان والاخرى ليست موجبة للضمان والبيان من قبل هذا وقيل اجتماع
اليدين من حيث واحد وهو يد الانتفاع من المالك والغاصب واحترز
به عن اليدين المتناوبتين فانهما في يد المستأجر حقيقة وفي يد المالك حكما
وهما مختلفان قوله فيتحقق الوصفان اراد بهما اثبات يد الغاصب
وزوال يد المالك قوله وهو الغصب اي يتحقق الوصفين المذكورين
هو الغصب قوله وجحود الوديعة جزئيا له قلنا قوله وهو فعل
فيه لا في العقار اي اخراج المالك عن العين التي هي العقار
بفعل في المالك فلا يكون غصبا لان الغصب فعل في المحل بتفويته
ولم يوجد قوله وفي المنقول النقل فعل فيه اي في المنقول يتحقق
معنى الغصب وهو تفويت يد المالك بفعل في المحل قوله ومسئلة الجحود
ممنوعة من شأن المنع والتسليم جميعا والعقار الضيعة وقيل
كل ما له اصل كالدار قوله وما نقص بفعله وسكناه
ضمنه في قولهم جميعا اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية بعد
فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله يجب ضمان الغاصب اذا
انهدم الدار بسبب سكناه او بسبب عمله نحو الحدادة والقصارة اما
اذا سكن وانهدم الدار بآفة سماوية لا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف
وانما دخل انهدام الدار بسبب سكناه وعمله فيما قال القدوري وهو
قوله وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لان انهدام
الدار بسبب سكناه وعمله نقصان فيها بفعل الغاصب فيضمن قوله
لانه اتلاف وليس بغصب والعقار يضمن بالاتلاف وقد يضمن بالاتلاف
ما لا يضمن بالغصب مثله الحر قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي رجل غصب دار رجل وسكنها فانهدمت من غير عمله
فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي يضمن

بناء على ان غصب العقار لا يتحقق عندهما وعند محمد يتحقق وقوله
ان الغصب مجاز لان المالك عجز عن الانتفاع بالمحل ثم لما عجزه لانه لما
اثبت يده على المحل تعذر على المالك الانتفاع به لانه
لا يتاتى ذلك الا بعد اثبات اليد واجتماع اليدين على محل واحد
من جنس واحد لا يتصور وانا نقول بل مجازا لان المالك انما يتحقق
بتبعيد المحل عنه ونقله والنقل لا يتصور في العقار لانه مهما كان
المحل قريبا منه امكنه الانتفاع به حقيقة وهو نظير ما عليه
شرى غاية ما في الباب انه ملأ الدار من الاقمشة لكن المالك يقدر
على الانتفاع بواسطة التفريغ فلم يمنعه الغاصب بل منع
تصرف ملاقي المالك دون المحل فلا يصير به غاصبا فان قلت ان هدمت
بسكناه فعليه الضمان بالاتفاق لانه اتلاف من جهته
والعقار مما يحتمل الاتلاف قوله ولو غصب دارا وباعها
وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في
الغصب الصحيح ذكر هذه المسألة تفريعا على مسألة القدوري وهي
من باب الاصل ومعنى المسألة اذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه
المشتري وقد مر ذكره في فصل باب السلم ومعنى قوله فهو على الاختلاف
في الغصب انه على الاختلاف المشهور في غصب العقار فعند ابي حنيفة
وابي يوسف لا ضمان عليه خلافا لمحمد وزفر وانما قيد
بقوله في الصحيح احترازا عما قال بعضهم انه يجب على البايع هنا
الضمان بالبيع والتسليم بالاتفاق والصحيح انه على الخلاف الا ترى
الى ما قال في الجامع الصغير من تخصيص الموضوع لما في رجل غصب
دارا من رجل فباعها وسلمها ثم اقر بذلك وليس لرب الدار بينة
قال لا ضمان على الغاصب لانه لم يغيرها عن حالها وقال ابو يوسف
انا اراه ضامنا لقيمتها استحسن ذلك وهو قول محمد رجع ابو يوسف
عن هذا الى قول ابي حنيفة انه لا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي
وانما قيد بقوله ولا بينة لصاحب الدار لانه اذا كان له بينة
لا ضمان على البايع بالاتفاق لانه يمكنه اخذ داره بالبينة وجه
قول محمد ان الغصب في العقار يتحقق بالبيع والتسليم غصب من جهته
فيجب عليه الضمان كما في المنقول وجه قولهما ان الغصب في العقار
لا يتحقق فلم يكن البيع والتسليم غصبا فلم يجب الضمان قوله
قال واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان اي قال في الجامع الصغير

نقص

المسألة

نقص استعمال العقار واذا المكان المغصوب بالزراعة وصورة المسألة
ثبت محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يغصب الغلام او الارض
فيواجر الغلام فياخذ غلته ويغصب الغلة او يزرع
الارض كرا فينقصها ويخرج الكراء او ياخذ الارض قال
اكل ذلك ويضمن النقصان منهما جميعا ويتصدق بالفضل الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير وانما ضمن النقصان لانه اتلف بعض
من العقار ويضمن العقار بالاتلاف وانما يتصدق بالفضل
لانه استفاد بسبب خبيث وعند ابي يوسف لا يتصدق وقد مر البيان عند
قوله ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة وفي ذلك الموضع اشار
بقوله ويتذكر الوجه من الجانبين الى المعنى او الى نسخ النوادر
في اول باب المزارعة قال ابو نصر في رجل زرع ارض رجل بغير اذنه
فعليه نقصان الارض قال نصير بن يحيى نقصان الارض ينظر بكم
تستاجر الارض قبل استعمالها وبكم تستاجر بعد استعمالها فيجب عليه
نقصان ذلك وقال ابن سلمة ينظر بكم تشترى قبل استعمالها وبكم تشترى
بعد استعمالها فيجب عليه نقصان ذلك وهو قال ابو نصر بذكر قول
نصير لمحمد بن سلمة فرجع الى قوله كذا في النوادر والاعتماد في الواقعات الحسامية
على قول محمد بن سلمة ولم يذكر قول نصير قوله قال واذا هلك النقلي في يد
الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا
هلك الغصب اي المغصوب والمراد منه المنقول ايضا لان الغصب
لا يتصور في غير المنقول وذلك لان المغصوب مضمون عليه بمجرد الغصب
على معنى انه يجب رده اذا كان قائما ومثله في المثلي ان كان هالكا
وقيمته ان لم يكن مثليا فاذا كان الضمان بالغصب يتقرر الضمان
بالهلاك فلم يبق فرق بين ان يكون هلاكه بفعله او بغير فعله فلهذا
وجب عليه قيمته يوم الغصب قوله وعند العجز عن رده يجب القيمة
او يتقرر بذلك السبب اي يتقرر القيمة وانما ذكر كلامه بالترديد بناء
على ما ذكر قبل هذا من اختلاف المشايخ في الموجب الاصلي بقوله ويجب
العجز عن رده يجب القيمة اشارة الى قول من قال الموجب الاصلي
رد العين والقيمة مخلص وقوله او يتقرر القيمة اشارة الى قول من قال
الموجب الاصلي القيمة ثم على تقدير هلاك العين يتقرر القيمة عليه
كما كانت قوله وان نقص في يده ضمن النقصان وهذه مسألة
القدوري اي اذا رد المغصوب بعد ما نقص في يده

يلزمه النقصان أيضا إذا كان في يده لأن ضمان الغصب يتعلق بالقبض
وفي الأتباع يملك إفرادها بالقبض فجاز إفرادها بالضمان ولا يشبه
هذا ضمان البيع لأن المبيع مضمون بالعقد والأتباع لا يملك
إفرادها بالعقد فلهذا لا يضمن حتى لو فات وصف من أوصاف
المبيع وإن كان بفعل غير المشتري لا يسقط بمقابلته شيء من الثمن حتى
إذا باع جارية فاعورت عينها قبل القبض كان للمشتري الخيار إن شاء
أمضى البيع وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فإن أمضى أدى جميع
الثمن ولا يسقط من الثمن شيء بمقابلة العين الفائتة وكذلك لا يضمن
الغاصب إذا رد العين في مكان الغصب ما نقص في السعر لأن شيئا
من ذات المغصوب لم يفت وإنما يتغير بالنقصان لأن تراجع السعر وذلك
بفتور رغبات الناس في السعر لحدثه الله تعالى في قلوب العباد فلا يوجب
ذلك تغيير الأحكام فأما إذا نقص السعر بسبب نقصان المكان فإن
كان السعر في هذا المكان أقل من السعر في مكان الغصب فالمغصوب منه
بالخيار إن شاء أخذ قيمته العين حيث غصبه وقت الغصب لأنه صار مضمونا عليه
وقت القبض وإن شاء انتظر لأن النقص وجد من جهة الغاصب
وهو النقل من مكان إلى مكان لأن القيم الأشياء تختلف باختلاف
الأماكن كذا في التتمة وكذا ذكر الولوالجي فيما لا حمل له ولا مؤنة
ومراده غير الربوي أي مراد القدوري بقوله ضمن النقصان مع
أخذ العين في غير الأموال الربوية التي يجري الربا في بيعها بجنسها متفاضلا
لأنه إذا كان المغصوب من الأموال الربوية لا يجوز له تضمين النقصان
إذا أخذ العين احترازا عن الربا وبيانا لما تبيان بيته ما قال الشيخ
أبو الحسن الكرخي في مختصره فأما ما نقص في يده فإنه إذا كان مما
فرده ضمن نقصه في بدنه ولا يضمن إذا رده ما نقص من السعر
لأنه قد رد ما قبضه بعينه فإن رده وفي بدنه نقصان أو
في أوصافه ومعناه ما يكون عيبا فيه لشيء دخله في يد
الغاصب فعليه رد ما نقص من قيمته يوم صار في يده فقوم
صحيحا لا عيب فيه ويقوم وبه العيب فينظر ما نقصه العيب
من قيمته فيضمن ذلك لصاحبه إذا كان مما يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا وإن كان مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا مثل أن يغصبه
حنطة فيصيبها ماء أو غير ذلك من الحبوب أو يغصبه إناء فضة
أو دراهم أو دنانير فتهشم الإناء في يده أو تكسر الدراهم فصار غلة

اد

٢٥٠ أي الدنانير ينقص بزيادة فإن المالك بالخيار إن شاء أخذه بعينه ولا شيء له
غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك إن كان الإناء
ذهبا كان له الخيار وإن شاء أخذه بعينه وإن شاء أخذ قيمته من الفضة
وكذلك يلزمه في الصفر والنحاس والشبه والرصاص إلى هنا لفظ
الكرخي في مختصره **قوله** وكذا إذا باع عطف على قوله كما إذا
تراجع السعر يعني لا يجب ضمان النقصان فيهما وهو من البيان أيضا
قوله ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان
هذا لفظ القدوري ومختصره ولفظ الإمام الحاكم في الجامع الصغير وتمام لفظه ثم
يتصدق بالغلة وقد ذكر لفظ أصل الجامع الصغير عند قوله
وإذا استقض بالزراعة تغرم النقصان وقوله بما قلنا إشارة إلى قوله
لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب ويجوز أن يكون إشارة إلى
قوله لأنه أتلف البعض أعلم أن الغاصب إذا أجر العبد المغصوب
فالأجر للغاصب عندنا وإن كان مع أن الأجر للمغصوب منه
وهي بمقابلة المنافع لأن المنافع عنده متقومة وعندنا
متقومة بالعقد والعقد وجد من الغاصب كذا ذكر الإمام قاضي خان
في شرح الجامع الصغير يعني أن المنافع لا قيمة لها وإنما تتقوم بالعقد
والعقد وجد من الغاصب فكانت الأجرة له ولكن هل يطيب الأجرة
للغاصب فعلى قول أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف الأول لا تطيب
ويؤمر بالتصدق وعلى قوله الآخر تطيب ولا يتصدق هكذا ذكر
الفقيه أبو الليث قوله الأول والآخر في شرح الجامع الصغير وجه
قول أبي يوسف ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن
وهذا ربح ما هو مضمون فيطيب له وجه قول أبي حنيفة ومحمد أنه
استفاده بسبب خبيث لأنه حصل له الأجرة بواسطة التصرف في ملك
الغير والتصرف في ملك الغير حرام فكان خبيثا ولكن التصدق بشرط
الضمان لما أن التصدق يجب بوجود الملك كما في كسب البيع قبل القبض
بعد الملك أولى أن يوجبه وإن هلك العبد المغصوب في عمل الغاصب
أو من غير عمله فله أن يصرف الغلة للغاصب أن يستعين بالغلة
في ضمان القيمة فإن بقي شيء منه يتصدق به هكذا ذكر الحاكم الشهيد
في الكافي ولم يفصل بين ما إذا كان المغصوب منه فقيرا أو غنيا وإن
كان سبيل هذا المال التصدق مثل هذا إذا كان الغاصب فقيرا وإن كان غنيا
فقد زاد شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي

والصحيح انه يكون الصرف الى المالك وان كان رغيفا عوضا عن الهالك
لان الخبث كان لحق المالك فيزول بالصرف الى المالك قوله بخلاف
ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين
بالغلة في اداء الثمن اليه يتعلق بقوله فلو هلك العبد في يد الغاصب
حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان يعني اذا هلك
العبد المغصوب في يد المشتري فضمن القيمة لرب العبد يرجع بالثمن على
الغاصب البائع لانه اخذه بغير حق ثم لا يستعين البائع في اداء الثمن
بالغلة لانه ملكه قبل البيع وفي المسئلة الاولى يستعين الغاصب
بالغلة في اداء الضمان فهنا لا يستعين لان لم يكن عينه ما
يؤدي فلا باس حينئذ ان يؤدي من الغلة والفرق ان في المسئلة
المتقدمة كان الخبث لحق المالك فيزول بالصرف اليه وهنا الخبث
ما كان لحق المشتري حتى يزول بالصرف الى المشتري الا اذا كان الغاصب
فقيرا لانه يصرفه الى نفسه معنى باسقاط المطالبة عن نفسه قوله
فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلك
الثمن وهو عنه غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن
عليه ان يتصدق بشيء مما يكتسب كذا ذكر الحاكم في الكافي وانما يتصدق
بمثله اذا كان فقيرا يوم استهلاك الثمن لانه يرتفع من نفعه لانه
بادا الاجر سلم له ما استهلك من الثمن فيكون سلامته ما استهلك
بسلامة الاجير [illegible] له الاجر اذا كان فقيرا وان كان غنيا
لزمه التصدق بمثله لانه استهلك مالا كان واجب التصدق ويلزمه
الضمان ويتصدق بمثله شرط ان يكون فقيرا يوم الاستهلاك
لانه صرفه الى نفسه في ذلك الوقت يوم القدرة على المثل قوله
وعند لا يستعمل اي بعد استهلاك الثمن قوله لما ذكرنا اشارة الى
قوله لانه محتاج اليه قوله فالعين عنده الف فاشترى بها
جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة
الاف فانه يتصدق بجميع الربح اي في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل غصب الف درهم
فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها
بثلاثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وقال اذا اشترى
الغاصب بالف درهم جارية تساوي الفين فوهبها او كان
طعاما فاكله لم يتصدق بشيء الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير

ان كان رغيفا وقت [illegible]

قالوا

قالوا في شروح الجامع الصغير واصل هذا ان المودع او الغاصب اذا
تصرف في الوديعة او المغصوب وربح يتصدق بالربح فيلزمه
التصدق بالربح عندهما وعند ابي يوسف له الربح ولا يتصدق
ولكن هو قول ابي يوسف اولا ذكره في المسئلة المذكورة ووجه
قول ابي يوسف ان الربح حصل على ملكه وضمانه فيطيب له كما لو تعيب
[illegible] بعد القبض اما الضمان فظاهر واما الملك فلانه يملك
المغصوب من وقت الغصب بطريق الاستناد ولهما وجه
قوله ان طيب الربح ينبني على الملك والضمان وقد تمكن الخلل في الملك
لان المغصوب لا يملك بالعقد لانه ليس من اسباب الملك بل يملك
عند اداء الضمان مستندا الى وقت الغصب المستند ثابت من وجه
دون وجه فكان الملك ثابتا من وجه دون وجه فاذا اختل
الضمان فلا يطيب له الربح فلان لا يطيب له الربح اذا اختل الملك
بالطريق الاولى لان الملك فوقه قال فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير وهذا اوضح لما يعمل بالاشارة اليه فاما في
الدراهم والدنانير فمحمد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح
وظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد
منها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذكر على اربعة اوجه اما ان اشار
اليها ونقد منها واما ان اشار اليها ونقد من غيرها واما
ان اطلق اطلاقا ونقد منها او اشار الى غيرها ونقد منها
وفي كل ذلك يطيب له الا اذا اشار ونقد منها قال لان الاشارة اليها لا تفيد
التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا [illegible] لما نقد منها ثم
قال فخر الاسلام [illegible] لا يطيب له في كل حال [illegible]
من [illegible] قبل القبض وبعد الضمان لا يطيب الربح في كل حال ان [illegible]
من اطلاق الجواب هاهنا وفي المضاربة والجامع الكبير دليل
على هذا القول قال وهو المختار وذلك لانه اذا تعين بها لم
يثبت فالملك في المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان يحصل بها
عوضا فلا شبهة الخبث وان اشار اليها ونقد من غيرها
فالعلام جنس الثمن وقدره فحصل بهذه الاشارة فكان للعقد تعلق
بها فتمكن شبهة الخبث ايضا والتصدق انما يجب عند تمكن الشبهة وقد
تمكنت الشبهة في كل حال فاستوت الوجوه كلها في الخبث والحرمة
فيتصدق بالربح وهو الفاضل عن الالف على المغصوب منه

واما اذا ذهب الحادث بدونه بمنزلة ان لا انفاق المغصوب او اكل الطعام
لا يجب التصدق بشيء بل يرد مثل ما غصب لان الربح لا يظهر
الا عند اتحاد الجنس فان لم يصر الكل دراهم ولم يصر فلم
يظهر الربح فلان التصدق انما وجب لمكان شبهة الخبث
والشبهة توجب التصدق ولا توجب الضمان ولو شاء التصدق
بعد الاستهلاك بالهبة او بالاكل لم يشبه الا بواسطة التضمين
ولا سبيل الى التضمين كذا قال فخر الاسلام رحمه الله **قوله**
ويتصدق بالفضل الا فيما اذا ... المسألة المعروفة **قوله** ثم هذا ظاهر
اي عموم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة فيما اذا كان المغصوب
عروضا او ... استفادها ربحا لا يطيب له **قوله** كالنقدين اي
كالدراهم والدنانير **فصل فيما يتغير بعمل الغاصب** لما ذكر
حقيقة الغصب لغة وشرعا وحكمه ذكر من وجوب رد العين
او المثل او القيمة ووجوب التصدق بالربح على الاحوال ذكر
في هذا الفصل ما اذا تغير المغصوب بعمل الغاصب حتى زال
اسم المغصوب واعظم المنافع فهل يملكه الغاصب ام لا
وهل يحل له الانتفاع بعد ذلك ام لا لانه عارض فناسب ذكره بعد
قوله فان تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها
او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية اي قال القدوري
في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي واذا غصب حنطة فطحنها فان
ابا حنيفة رحمه الله قال لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق وكذلك روى
الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وعلى الغاصب حنطة مثل الحنطة التي
غصب وقال ابن سماعة عن ابي يوسف لا ياخذ المغصوب الدقيق
مكان الحنطة ولكن ابيع الدقيق فاشتري له حنطة مثل حنطته
فهو لعمري يذكر من جميع الغرماء ان مات الغاصب لانه شيئه
وهو احق به من غيره وكذلك لو غصبه دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه
او قطنا فغزله ونسجه فهو مثل ذلك يباع له ذلك فيعطى
مثل حنطته ومثل طعامه ان ابى الغاصب ان يدفع اليه ذلك
وروى ابن سماعة في موضع آخر ان رب الحنطة بالخيار ان شاء ضمنه

حنطة مثل حنطته ودفع اليه الدقيق وان شاء اخذ الدقيق
ولا يعطي الطاحن لانه متاعه بعينه استنفع او حول بعمله
الى ابواب لو دخل ... لم تهبه لانه له صغيرا وان يكون لرب
الطعام ثمن الدقيق قال ابو الفضل فاتفقت ابو حنيفة في هذا واجعله بالخيار
على ما وصفت وكذلك ان وهبه الغاصب وباعه او تصدق به او اكله
كله فاطلب ولرب الطعام ان ياخذ شيئه بعينه وكذلك لو غصب
لحما فشواه او طبخه وكذلك لو غصبه سمسما او زيتونا فعصره وكذلك
لو غصب ترابا فلبنه او طبخه آجرا او اتخذ منه آنية الخزف
او جعله حبابا قال ان لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه ولا باس
بان ينتفع به وان غصبه طعاما فزرعه فان عليه مثله في قول
ابي حنيفة ومحمد ويتصدق بالفضل وفي قول ابي يوسف لا يتصدق بالفضل
ولا باس ان ينتفع به قبل ان يرضي صاحبه وكذلك نوى غصبه
واتخذ منه نخلا فهو ضامن لقيمته فان كان صنوبرا فشجر
قال ابو حنيفة ومحمد في الحنطة اذا طحنها وما اشبه ذلك انا اكره ان ينتفع
به حتى يرضي صاحبه وهو استحسان وقول ابي يوسف القول الذي قال
لا سبيل له عليه وعليه حنطة مثل حنطته الى هنا لفظ الكرخي
في مختصره وكذلك لو غصب بيضا فحضنه فصار دجاجا او
غصب ساجة فجعلها في بناء له كثير يغلب عليه البناء فصار تبعا
او غصبه عصفرا فصبغ به ثوبا فلا سبيل لصاحب هذه الاشياء على
شيء مما ذكرت لك ويضمن الغاصب مثل الذي غصبه اياه لانه لا شيء
له عند ذلك كذا ذكره الكرخي في مختصره ايضا قال القدوري في شرحه
وجملة هذا ان الغاصب اذا ازال الاسم وعامة المنافع المقصودة من العين
بزيادة من جهته زال ملك المالك عن العين عند ابي حنيفة ومحمد وملكها
الغاصب بالضمان وروي عن ابي يوسف مثل ذلك وان نحوا رواه
ابن سماعة ان حق المالك لا يسقط ولكن حكمه ان يباع ويدفع له
الثمن رايته ورواه ابن سماعة ايضا ان له ان ياخذ الدقيق
ويبرئ الغاصب من الضمان وروى الحسن بن زياد عنه مثل قول
ابي حنيفة وكذلك رواه بشر قال ابو الحسن الكرخي وحصل عندي
قول ابي يوسف الاول انه لا يزول ملك المالك كذا ذكر القدوري
في شرح الطريقة البرهانية واجمعوا على انه اذا غصب البرح
على حنطة انه ان فتقها فاحرقه القير حتى صار دقيقا لا ينتفع
حتى انما الكل وجه قول الشافعي ان اجزاء الدقيق بقيت عين اجزاء حنطة المالك

للمالك لان هذه الاجزا عين تلك الاجزا الا انها كانت مجتمعة فتفرقت فلا ينقطع
حق المالك بفعل الغاصب لان فعله محظور لكونه عدوانا محضا و
المحظور لا يصلح سببا للملك الذي هو نعمة من الله تعالى لان سبب الملك يجب
ان يكون مباحا او مندوبا ولم يوجد ولنا ما روى ابو حنيفة في مسنده
عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم زار قوما من الانصار في دارهم فذبحوا له شاة وصنعوا له
طعاما منها قال فاخذ من اللحم شيئا ياكله فمضغه ساعة لا يسيغه
فقال ان شان هذا اللحم فقالوا شاة فلان ذبحناها حتى يجي صاحبها
فنرضيه من ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسارى
اي الاسرى وذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واصل هذا الباب
الذي عمل عليه اصحابنا الحديث الذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
رواه ابو يوسف واحتج به ورواه محمد واحتج به ورواه الحسن بن زياد
في كتابه قال ابن سماعة حدثنا ابو يوسف قال حدثنا ابو حنيفة عن عاصم بن
كليب الجرمي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زار قوما فذبحوا له شاة
فجعل يمضغ رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يسيغه فسالهم عن ذلك
فقالوا شاة لفلان ذبحناها حتى يجي فنرضيه فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم اطعموها الاسرى قالوا ان ملكها الغاصب لما امرهم
بالتصدق بها بل امر ببيعها وحفظ ثمنها على الغائب وعلى هذا
بنى ابو حنيفة مسائل الغصب قال محمد يعني بالاسرى المحبس
كذا في شرح مختصر الكرخي والمعقول فيه انا نسلم ان الغاصب غصب الحنطة
ثم استهلكها بالطحن فينقطع حق المالك لا محالة كما اذا غصب ثوبا فاحرقه
فصار رمادا فانه ينقطع حق المالك بالاستهلاك فكذا هنا والدليل
على الاستهلاك ان اسم الحنطة زال عنها بعد الطحن وكذا زالت
صورتها ومعناها فدل على الاستهلاك اما زوال الاسم فانها كانت تسمى
حنطة الى الان والان تسمى دقيقا واما زوال الصورة فلان صورتها
هي الحبة السمرا المشقوقة البطن ولم يبق تلك الصورة بعد
الطحن واما معناها فلانها تصلح للزراعة والقلي والطبخ الهريسة
ونحو ذلك والان لا يصلح لذلك فاذا انتفا برمتها من هذه
الوجوه كان الدقيق شيئا اخر غير الحنطة فينقطع حق المالك
ولا يكون له سبيل في الدقيق وقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت
حتى ترد دليل على هذا لانه اخذ الحنطة لا الدقيق فاذا كان عينها

مستهلكا

٢٥٣

الحنطة ثم المالك
مستهلكا يلزمه مثلها وكذلك اذا غصبها فزرعها ينقطع حق
عنها لان الزرع غير الحنطة بدليل تغاير الاسم والصورة والمعنى
المطلوب فصار الحادث غيرها كان الموجود هو المحدث للاشيا وان كان
هو الله تعالى لكن نسبة الاحداث الى العباد بطريق التسبب بيانه
ان الله تعالى خلق الارض والهوا والماء وركب فيهن طبايع تثبت
كالنار وكرى لطبعها الذي خلقه الله فيها ولا اضافة للحدوث
الى هذه الاشيا لعدم اختيارها ولا الى الحنطة التي كانت بذرا
لانها لا اثر لها اصلا فانها تفنى في نفسها فكيف يؤثر في غيرها
غاية ما في الباب ان وجودها شرط وفعل هذا الزرع ايضا شرط
لكن الاضافة الى فعل الزارع اولى لانه مختار في ذلك ولا اختيار
لغيره ثم اذا قطعنا الاضافة الى المؤثر حقيقة وهو ما ذكرنا من
الارض والهوا والماء لعدم اختيارها فبطريق الاولى ان لا
الى الحنطة لانه لا اثر لها ولا اختيار والحكم يضاف الى صاحب
الشرط اذا كان مختارا كما في حافر البير يضاف التلف اليه لانه صاحب
شرط وهو مختار وكذلك اضيف هنا الى الزرع لانه صاحب شرط
وهو مختار فاذا كان الاحداث في العين من الغاصب فصنعه
متقوم كالطحن في الحنطة ثم الشي والطبخ في الشاة المذبوحة
كون ذلك بعدما ينقطع حق المالك كان الغاصب مالكا للعين لان مباشرة
الغاصب الحصول الذي هو سبب الملك كما في ان حلب لانا نسلم ان الحنطة
صارت مستهلكة بالطحن او بالزرع بل تبدل احوالها كالادمي يتبدل احواله
من الصغر الى الكبر ومن الشباب الى الهرم ومع هذا لا يكون الادمي
شيئا اخر فكذا الحنطة بالطحن تتبدل حالها لان اجزاها كانت مجتمعة
فتفرقت يدل عليه الاحكام منها اذا غصب حمرا او عصيرا فخللهما
لا ينقطع حق المالك ومنها اذا غصب شاة فذبحها لا ينقطع حق المالك
ومنها اذا غصب قطنا فغزله او غصب غزلا فنسجه لا ينقطع
حق المالك كما قلنا ومنها جريان حكم الربا بين الحنطة ودقيقها
قلت اما الاول فهو تعطيل تغايرهما في الاسم والصورة والمعنى
بخلاف الانسان اذا تبدلت احواله لان اسم الانسان لم يزل عنه
وكذا الصورة وكذا معنى الانسان باق فلهذا لو حلف ابو حنيفة
اذا حلف لا ياكل هذه الحنطة فاكلها بعد ما طحنت
لا يحنث والجواب عن الثاني انا لا نسلم انه اذا غصب حمرا فخللها لا ينقطع حق
المالك

والحجر في الدعوم

كان تسمى

لأنه لم يستهلكها بل نه الخمر لأن مالية الخمر ليست إلا على اعتبار كونها صالحة
لصيرورتها خلا فكان التخليل تغريرا لتلك المالية لا ابطالا لها
فأما إذا غصب عصيرا فخمره لا ينقطع حق المالك أيضا لأن ماليته
الخمرية تكفي لثبوت الملك ابتداء ولهذا قالوا يشترى الخمر ان شئت ملكه
وأما إذا غصب عصيرا فخلله فلا نسلم أنه لا ينقطع حق المالك الجواب
عما إذا غصب قطنا فغزله أو حديدا فجعله سيوفا فلا نسلم أنه لا ينقطع
حق المالك بل ينقطع حق المالك وذلك مذكور في كتاب الدعوى والجواب
عن جعله الربا مفعول حقيقة المجانسة زائلة في الحال وإنما بقي
شبهة المجانسة فكانت شبهة لجريان حكم حرمة الربا والجواب عن
ذبح الشاة بعد الغصب بعض أصحابنا قالوا ينقطع حق المالك بالذبح
كذا في الطريقة البرهانية تتمته والصحيح أنه لا ينقطع حق المالك
لأن الشاة لا تصير مستهلكة بمجرد الذبح لبقاء الاسم ولهذا يقال شاة
مذبوحة فأما إذا أربها عضوا عضوا بعضهم قالوا ينقطع حق المالك
لأنه صار مستهلكا بزوال التركيب لكن الصحيح خلافه كذا في الطريقة
البرهانية أيضا وكذا لا بالذبح لما لم تصر الشاة مستهلكة صار
كأنه غصب شاة مذبوحة فقطعها أربا أربا فلا ينقطع حق المالك لأن
اللون لم تصر مستهلكة بالصبغ ولا ترد علينا إذا غصب جارية فزنى
بها فولدت كان الولد لصاحب الجارية لأنه وجد من الرجل والمرأة
جميعا العلة والسبب وهو الانزال ولذلك يجب الحد عليهما ولكن ترجح
جانب المرأة لكونها محلا لأن المحلية تكفي للرجحان وإن لم تكن
معارضة للسبب والعلة والجواب عن قولهم يجعل الغصب عدوانا
محضا لا يصلح سببا لنعمة الملك قلنا لا يصلح سببا له قصدا ابتداء
وإنما جعلناه سببا عند تقرر الضمان بالاستهلاك في ضمن حكم
الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد والضمان حكم
مشروع حسن بالإجماع فصار ما يثبت في ضمنه أيضا حسنا لأنه يراعي
صلاحية السبب الأصل في الشيء كمقتضى الكلام أو نقول الغاصب
الذي هو الزارع مثلا ليس بمحظور من حيث إنه إحداث الزرع وإنما
المحظور كونه غصبا وهو أنه نفى يد المالك ما دام لم يكن محظورا
من حيث إنه إحداث صلح سببا للملك فكان قولنا زرع حنطة مغصوبة
إشارة إلى حدوث شيء بآلة مغصوبة بمنزلة الاصطياد بقوس الغير
والاحتطاب بقدوم الغير والباقي يعلم في شرح طريقة الخلاف

ولأبي يوسف

ولأبي يوسف أن الملك قد زال إلا أن زواله بفعل رضي المالك به معلوم
أنه لو باع الحنطة لم يطحنها حتى يستوفي البدل ويرضى بالمسلم
بذلك كله فهذا فكأنه أزال ملكه في هذه الحالة وجعل له حق العين
كما للبائع حبس المبيع فأما الحالة الأخرى فعلى الاعتبار ملكه للعين
موجودة وإنما حدث فيها تفريق بالطحن فهو كشاة إذا ذبحها وقطعها
الثوب إذا قطعه أو حمله آخذه ما يكون له قيمة فهو مثل الحنطة
إذا طحنها وإن لم يكن له قيمة لم يلزمه إلا ضمانه لأن ما لا يتقوم
لا يضمن بالملك حتى روي إلا ينتفع بالعين ثم إنما منعوا الانتفاع في
مسألة الغصب لعلة الغرامة فإذا لم يجب جاز الانتفاع قوله وأعظم
منافعها كالحنطة إذا طحنت تزول عنها أعظم منافعها وهي كونها صالحة للزراعة
والهريسة والنشا ونحو ذلك قوله زال ملك المغصوب منه عنها حتى لو
لو أراد أن يأخذ عين الدقيق ليس له ذلك قوله كمن غصب شاة
وذبحها وشواها أو طبخها أنها قيد بالشي والطبخ احترازا عما إذا ذبحها
ولم يشوها ولم يطبخها حيث لا ينقطع حق المالك عنها كما ذكر الطحاوي
وسيجيء في بيان الولوالجي في فتاواه ولو غصب شاة فذبحها فالمالك
بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها وإن شاء ضمنه قيمتها لو قيد الغصب
لأجل التبديل وكذا إذا سلخها وأربها ولم يشوها وقال محمد
إن شاء أخذ الشاة وضمنه النقصان وهو الأصح لأن بعض
المنافع تفوت بالذبح إلى هنا لفظ الولوالجي في فتاواه قوله
لأنه يؤدي إلى الربا يعني إذا أخذ المالك الدقيق كما هو مذهب الكرخي
لا يأخذ نقصان الدقيق لو كان الدقيق ينقص قيمته من الحنطة لأن
بين الحنطة والدقيق شبهة المجانسة ولهذا يحرم حرمة الربا بينهما
فكان أخذ الدقيق كأخذ الحنطة فلو أخذ الحنطة لا يجوز أخذ الفضل
عليها فكذا لا يجوز أخذ الفضل على الدقيق قوله ويتبعه الصفة وهي
صنعة الغاصب من جعله المغصوب دقيقا أو نحو ذلك قوله أربها
أي ربا الشاة جعلها أربا أربا أي عضوا عضوا قوله أحدث صنعة
متقومة لأنه إذا جعل الحنطة دقيقا تزداد قيمتها غالبا وكذلك إذا ذبح
الشاة وسلخها وشواها وطبخها تزداد قيمتها ظاهرا قوله وهذا
الوجه يشمل الفصول المذكورة يعني إذا كان اسم المغصوب باقيا لا ينقطع
حق المالك وإذا لم يبق ينقطع حق المالك وهذا الفصل يشمل الفصول
التي ذكرها القدوري من غصب شاة وذبحها وشواها وطبخها

لأن الذبح لغرض الغصب لفرض الى المعهود وهو اللحم فلا يعد غصبا

وغصب الحنطة وطحنها وغصب الحديد واتخاذه سيفا وغصب الصفر
وعمله آنية لان الاسم تبدل في جميع ذلك وكذا اذا غصب قطنا
فغزله او غزلا فنسجه او زيتونا فعصره او ما اشبه ذلك
قوله ولا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان و
القياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة
رواه الفقيه ابو الليث اي قول القدوري في مختصره وهو قوله لا يحل
له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان وفي القياس يحل له
الانتفاع قبل اداء البدل هكذا نقل الرواية ابو الليث عن ابي حنيفة
في كتاب الغصب نقلا عن النوادر من الواقعات الحسامية رجل
غصب حنطة فطحنها او حنطة فطحنها كان عليه الضمان و
صار ملكا له ويحل اكله في قول ابي حنيفة لانه ملكه بالبدل
وقال محمد في العيون لا يحل حتى يرضى المالك وهو قول ابي يوسف الى
هنا لفظ الواقعات ونقل في آخر كتاب الغصب من خلاصة الفتاوى
عن فتاوى اهل سمرقند رجل غصب طعاما فمضغه حتى صار
مستهلكا فلما ابتلع ابتلع حلالا عند ابي حنيفة وشرط الطيب عنده
وجوب البدل وعندهما اداء البدل والفتوى على قولهما كذا في الخلاصة
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال الحسن وزفر اذا طبخ او شواه
فقد صار مستهلكا وعليه القيمة وله ان ياكله ويطعمه من شاء رضي
صاحبه بالقيمة او لم يرض وبه ناخذ الحسن وقال شرعي ابو يوسف
في مسئلة تاريخها جمادى الاخرة سنة تسع وستين ومائة في رجل غصب
حنطة فطحنها كان عليه مثلها ويسلم له الدقيق فان اراد اكله
قبل ان يقضى عليه بشي وقبل ان يرضى صاحبه فانه يكره له في القياس
ولكني استحسن وادع القياس في ذلك ولست ارى ان ياكله حتى يرضي صاحبه
وهذا مثل قول ابي حنيفة ومحمد وهو بمعنى قول ابي يوسف الاول
والقول الذي رواه ابن سماعة هو المعول عليه عندي من قول ابي يوسف الى
هنا لفظ الكرخي في مختصره ووجه القياس انه ملكه بالضمان فهو
كالمملوك بالعقد ولهذا يجوز بيعه وهبته لانه ملكه بوجه
محظور فصار كالمقبوض على وجه بيع فاسد حيث يصح بيعه ووجه الاستحسان
ان النبي صلى الله عليه وسلم امر ان يتصدق بالشاة ولو جاز الانتفاع بها
لم يمنع من اكلها فاذا دفع البدل حل الانتفاع بها لان حق المالك
قد سقط باستيفاء البدل فصار كما لو باعها فاذا اخذ قيمتها يجوز له الانتفاع
بها

بها ولا الاكل منها وتسع عنده ان ياكل منها وكذلك القضاء اذا ضمنه
المالك القيمة لان البدل يشبه التراضي فصار كانه باع وكذلك اذا ضمنه
الحاكم لان الحاكم لا يحكم الا بطلب المالك ودعواه فكان المالك ضمنه
فيحل له بذلك قوله وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة
فغرسها يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل اداء البدل خلافا للحسن وزفر
الا ان ابا يوسف قال في هاتين الصورتين يحل الانتفاع قبل اداء البدل
وقبل ان يرضى صاحبه لان المغصوب صار مستهلكا من كل وجه لان الحنطة
صارت قصيلا والنواة صارت نخلا بخلاف ما تقدم من ذبح الشاة وشيها
وطبخها وغصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل ارضاء المالك
لان اجزاء الشاة والحنطة باقية وهذا معنى قوله لقيام العين من وجه
قوله عنده اي عند ابي يوسف قوله واصله ما تقدم اي اصل وجوب
التصدق بالفضل عندهما خلافا لابي يوسف ما مر عند قوله ومن غصب
عبدا فاستغله فنقصته الغلة واراد بالاصل الدليل المذكور ثمة قوله
فان غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك
مالكها عنها عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه و
قال ابو يوسف ومحمد يملكها الغاصب وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى
بالكافي وان غصب فضة فضربها دراهم او صاغها اناء فانه ياخذها
ولا اجر للغاصب وكذلك هذا الحديد والصفر لانه فضة بعينها لا يخرج
من الوزن وقال ابو يوسف ومحمد يعطيه مثل فضته وكذلك الذهب
الى هنا لفظ الحاكم ووجه قولهما ان الغاصب احدث فيه صنعة متقومة
بصنعه وهو الصياغة فصار حق المالك فائتا من وجه الا ترى انه
كان ينتقص في العقود حتى كان يتبدل الا انه لا يتغير فصار كما لو غصب
صفرا فاتخذه آنية او غصب حديدا فاتخذه سيفا او سكينا
حيث ينقطع حق المالك الى المثل فكذا هنا لانه حصل في المغصوب زيادة
تركيب بصنع الغاصب فيكون هلاكا له ويملكه فاقام من كل وجه في حق
المغصوب منه بالتغير من وجه يجب ان ينقطع حتى حق ملكه من وجه
بالبدل اعني حق المالك الى الضمان لانه قل ضرب اصابته للحنفي ووجه
قول ابي حنيفة ان هذه الزيادة ليست بمعتبرة حكما لان الصنعة لا قيمة
لها بانفرادها ولهذا قلنا ان الغاصب اذا هشم القلب ليس لصاحب القلب
ان ياخذ المكسور وياخذ النقصان واذا لم تكن معتبرة حكما صارت معدومة
حكما والمعدوم حكما كالمعدوم حقيقة فلو كان معدوما حقيقة لا ينقطع حق المالك

عن المغصوب كذا هذا فكانت زيادته حق المالك ولي تحقيقه ان الذهب
والفضة بعد الصنعة باق كما كان والمعنى الاصلي اللازم للعين فيهما
وهو الثمنية كما كان بلا خلاف ولهذا يجري الربا ويجب الزكوة فاذا
كان المعنى الاصلي فيهما لم ينعدم لم يكن حق المالك فائتا فلم ينقطع
لان الضرب يحقق ذلك المعنى وكذا اذا اتخذ حليا لان المعنى الاصلي
لم تزل والمالية مالية العين لا الصنعة وغاية ما في الباب انه بعد
الضرب صار راس مال الشركة والمضاربة وهذه الصلاحية راجعة
الى الصنعة فلم توجب حدوثها تبدلا في العين فلم يكن العين هالكا اصلا
بخلاف الصفر والحديد لان الصنعة الحادثة تخرجهما من الوزن حتى
اذا باع قمقمة حديد بقمقمتين منه جاز اذا كان يباع عددا ذكره في
كتاب الصرف واجاب الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري بان
الحديد اذا كان يباع بعد ضربه وزنا فهو كالفضة والخلاف فيه واحد
وانما يسقط حق المالك اذا لم يكن يباع وزنا مثل الابر لزوال الاسم عنه
وقال صدر الاسلام في شرح الكافي والصحيح ما قاله ابو يوسف ومحمد
تلك الزيادة متقومة معتبرة حكما حتى ان المتلف يضمن قيمته مصوغا
ولكن من خلاف جنسه ولا يملك الوصي وولي المريض التبرع بتلك الزيادة
قوله الصنعة فيهما غير متقومة مطلقا اي الصنعة في غير
الفضة والذهب غير متقومة في جميع الاحوال وهذا لا يعتبر عند المقابلة
بجنسها كما اذا اشترى اناء فضة او ذهب ان شاء المالك اخذ الاناء
بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه مثله من جنسه من الذهب او
الفضة رعاية وصيانة لحق المالك في الصنعة وقد مر ذلك عند قوله
وان يفتح بيده ضمن النقصان قوله ومن غصب ساجة فبنى
عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها اي قال القدوري ذلك
في مختصره وقال زفر ينقض البناء وبه قال الشافعي كذا ذكر القدوري
في شرح مختصر الكرخي وقال الحاكم الجليل الشهيد في مختصره المسمى
بالكافي وان غصب ساجة او خشبة فادخلها في بنائه او اجرة فادخله
في بنائه او جصا فبنى به فعليه في ذلك كله قيمته وليس للمغصوب منه
نقض البناء واخذ ساجته وخشبته واجره وجصه الى هنا لفظ الكافي
وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وكان ابو الحسن الكرخي يقول المسئلة
موضوعة على انه بنى على حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء على ملكه
فلا ينقض اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض بناؤه لانه متعد فيه
وكا

وكان الهندواني يختار هذا القول لان هذا لفظ القدوري في شرحه فان قول
لفظ الحاكم يدل على صحة ما قال الكرخي لانه قال غصب ساجة او خشبة
فادخلها في بنائه ولم يقل بنى عليها ولكن صاحب الهداية ذهب الى ما ذكر
القدوري وجعله الاصح ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ما ذكره الكرخي صح
اي جواب مختصر القدوري يرد ما قال الكرخي لان القدوري روى عن ابي عبد الله
الجرجاني عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي تكلف برد محمد جواب
القدوري بقول الكرخي في سند رواه انه يجوز [illegible]
على المستقيم باقامته [illegible] اما الحجة [illegible] قال القدوري في شرحه الدليل
بعد ما ذكر قول الكرخي وقد ذكر في كتاب الصرف ومن غصب دراهم فجعلها
عروة مزادة سقط حق مالكها ومن الفضة لا يسقط حق مالكها عنها بالصياغة
وانما اسقطه لكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعد ان تقع فيها
على وجه التبعية تدل على ان المسئلة على اطلاقها وانه لا حق
للمالك في الساجة في الوجهين الى هنا لفظ القدوري رحمه قوله ولزفر
ان البناء لم يسقط حق المالك ولهذا لو نقض الغاصب البناء ورد الساجة
الى صاحبها لم يكن له غير ذلك فاذا لم يسقط حق المالك بالبناء لزم البائع
والبائع حق على اصله في الغصب عدوان محض لا يصلح سببا لنقض الملك
فلا ينقطع حق المالك ولنا ان الغاصب احدث صنعة متقومة
في المغصوب بها صير حق المالك هالكا من وجه فوجب ان ينقطع
حق المالك عنه ويثبت الملك للغاصب قياسا على ما اذا غصب خيطا
وخاط به بطن الحيوان او لوحا فاصلح به السفينة
المسكونة فانه ينقطع به حق المالك كذا هنا والدليل على احداث الصنعة
المتقومة انه بالبناء يزداد قيمته التي كان دليلا على تقوم الصنعة كذلك
اذا ذبح شاة مغصوبة فسلخها وشواها او حنطة فطحنها يزداد القيمة
بالشي والطحن لان الشاة المشوية تشترى باكثر من غير المشوية
وكذا الدقيق يشترى باكثر من الحنطة غالبا وانما قلنا ان الساجة
صارت بالبناء هالكة من وجه لانها كانت اصلا فكانت تبعا للبناء
وكانت تستحق بالشفعة والآن تستحق بالشفعة تبعا للدار فاذا صارت
تبعا بطل عنها معنى الاصالة فصارت هالكة من وجه فاذا ثبت انه
احداث صنعة متقومة صار حق المالك هالكا من وجه فنقول
ان هذه الصنعة حق الغاصب لانها حصلت بصنعته وكسبه [illegible]

لثبوت الملك في المكتب

حقان

فكما أن هذه الصنعة المتقومة حقه فالمحل حق المالك فاجتمع ان
حق المالك في الأصل وحق الغاصب في الصنعة ولا يمكن الجمع بين الحقين
في الملكين لأن المقصود من الملك هو الانتفاع ولا يمكن لكل واحد منهما
الانتفاع بملك نفسه دون أن ينتفع بملك الآخر لأن المالك لا يقدر على
أن ينتفع بالأصل دون الوصف وهو الصنعة وكذلك الغاصب لا يمكنه
الانتفاع بالوصف دون الأصل ولا يمكن الانتفاع بطريق التهايؤ أيضا
لأن الوصف ليس لها نوبة معلومة من الأصل حتى يقع التهايؤ فيه فيتعذر
الجمع بينهما فلا بد من قطع أحد الملكين بالآخر فيعود الأمر بقطع ملك المالك
أولى من قطع ملك الغاصب لأن ملك المالك هالك من وجه وحق الغاصب
قائم من كل وجه فقطعنا حق المالك وأثبتنا الملك فيه للغاصب
بالضمان فكما صحت هذه العلة في هذه المسألة صحت في مسألة الطحن أيضا
لأن بالطحن يحدث صنعة متقومة فيصير فيها حق المالك هالكا من وجه
حيث تفرقت الأجزاء أما إذا غصب ساجة فبنى عليها دارا فالمالك لا
ينقطع حق المالك عنها على ما ذهب إليه الكرخي لأنها لم تهلك
من وجه بل هي قائمة كما كانت الشرعا في البنا بإزالته ويمكن الانتفاع
بها ولكن بذلك لا تخرج من أن تكون في يد صاحبه للانتفاع بها فكان حق
المالك في الساجة قائما من كل وجه وحق الغاصب في البناء أيضا قائم من
كل وجه ولأن حق المالك في الأصل وحق الغاصب في التبع وهو البنا
الذي على الساجة فرجحنا حق المالك بالأصالة وقطعنا حق الغاصب
كما إذا غصب ثوبا فصبغه كان حق كل واحد منهما قائما من كل وجه لكن
صاحب الثوب صاحب الأصل فرجحنا جانبه وهنا إدخال ساجة في بنائه
كان حق الغاصب أصلا فيكون أولى بالإبقاء والباقي يعلم في شرح طريقة
الخلاف قوله غصب ساجة فبنى عليها لأن الساجة بالجيم خشبة عظيمة
صلبة قوية تحمل من بلاد الهند ويستعملها أهل العراق في أبواب
دورهم وأساسها في البنا عبارة عن تركيب على هيئة يمكن الانتفاع به قوله
والوجه من الجانبين قد مضى أي الوجه في مسألة الساجة هو الذي ذكرناه
من جانبنا وجانبهما في المسألة المتقدمة في أول الفصل
يعني أن الغصب عندهما لا يصلح سببا للملك وعندنا إذا أحدث
صنعة متقومة صار حق المالك هالكا من وجه إلى آخر ما قررناه
قوله وأخر لنا فيه أي وجه آخر لنا في غصب الساجة فبيانه
أن فيما قالا دفع أضرار بالغاصب لأنه يبطل حقه وفيما قلنا أضرار
بالمالك

ولكن

بمجبور به ١١

ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوت حقه كلا فوات
وضرر الغاصب ليس في شيء يعوض حقه لا إلى خلف فكان قطع حق
المالك أولى من قطع حق الغاصب ولئن قال الغاصب جان والجاني
نظر الجاني إذا كان فيه دفع الضرر عن المجني عليه فلما نعم لكن حق
الجاني معصوم أيضا نقول فرعي في دفع الضرر عنه وإنما يجب عصمة ماله
لم يرتفع جنايته فإذا أمكن دفع الضرر عن المالك بعين بالضمان
بدون ضرر الغاصب صورة ومعنى لا يجوز الإضرار بالغاصب صورة ومعنى
ولئن قال إن الغاصب أضر بنفسه حيث باشر سببه وهو إدخال ساجة
الغير في بنائه مع علمه بذلك فلا ينبغي أن يستحق النظر بدفع الضرر عنه
قلنا لا نسلم أنه أضر بنفسه نعم أنه أدخل ساجة الغير في بنائه ولكن إدخال
الساجة في البناء ليس بسبب للنقض بل سبب لانقطاع حق المالك وثبوت الملك
له ولئن قال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد عين ماله فهو أحق به
فهذا دليل لأن حق المالك لا ينقطع في الساجة بإدخالها في البناء لأنه
وجد عين ماله قلنا كل من يقول بموجبه أن من وجد عين ماله فهو أحق به
ولكن هنا كونه لم يجد المالك عين ماله لأن الساجة صارت هالكة من وجه
فصارت ملكا للغاصب وانقطع ملك المالك عنها فكان ردا حقا لها
لقبض لها الغصب قوله حوالي الساجة بفتح اللام يقال قعدوا حوله
وحواله وحوليه وحواليه ولا تقل حواليه بكسر اللام ويقعد
حياله وحباله أي بإزائه كذا في الصحاح قوله قال الكرخي ولو ذبح شاة
غيره فتضمن للآخر في إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها له وإن شاء
ضمنه نقصانها أي قال القدوري في مختصره بالإضافة إليه هذا
هو ظاهر الرواية واحترز به عن رواية بشر والحسن بيانه فيما قال الكرخي
في مختصره وإن غصب شاة فذبحها فإن بشرا روى عن أبي يوسف عن
أبي حنيفة أن صاحبها بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها وإن شاء
تركها وضمنه قيمتها يوم غصبها وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة
أن صاحب الشاة بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها وإن شاء تركها و
ضمنه قيمتها يوم غصبها قال الحسن بن زياد وقال أبو حنيفة وكذلك إن كان
سلخها حين ذبحها أو قطع لحمها أعضاء ولم يطبخه والرأس قائم
والجلد والأكارع والبطن فإن للمغصوب بالخيار إن شاء أخذه
ولم يكن له غيره وإن شاء ضمنه قيمتها حية وقال محمد في الأصل وغيره
إن شاء المغصوب أخذ الشاة وأخذ ما نقصها وإن شاء تركها وأخذ قيمتها حية

الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وجه رواية الحسن ان المقصود من الشاة
اللحم والذبح يجوز عليه العوض فصار الذبح في معنى الزيادة فاذا سلم
الغاصب الشاة المذبوحة لم يجز ان يلزمه ارش النقصان فاذا شاء المالك
حول يضمن القيمة لانه فوت عليه الغرض من العين وان كان الذبح زيادة
فيها ووجه رواية محمد وهي الصحيحة ان الذبح نقص في الحيوان وهو مما
لا يستحقه الزيادة فكان له امساكه والرجوع بالنقصان كما لو قطع
الثوب وله ايضا تضمينه جميع القيمة فكانه بالذبح فوت الوجه الذي
ان يكون جميع ثمنها اصله اذا قتلها ولا يفوت المنفعة المقصودة
من العين كالجمل والدر والنسل فكان له ان يضمنه قدر جميع ثمنها
اصله اذا قطع يدي العبد كذا في شرح الاقطع قوله وكذا الجزور
يعني اذا غصب الجزور وهي التي اعدت للذبح من الابل من الجزر
وهو القطع ثم ذبحها فالحكم فيها كما في غصب الشاة اذا ذبحها اما
ان ياخذ العين مع نقصان الذبح واما ان يترك العين ويضمن جميع
القيمة وانما ذكر الجزور دفعا لوهم متوهم بان يقال اذا كان الجزور
معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها مطلوبا فكيف يلزم
النقصان بل الذبح زيادة فيه لانه يؤخذ لاجله العوض فاجاب عنه وقال
لا يتفاوت الحكم بين ان يكون الحيوان معدا للذبح او لم يكن لان الذبح
في الحيوان نقص لفوات الحيوة قوله وكذا اذا قطع يدها اي يد من جنس
الشاة والجزور اي حكم قطع يد الشاة والجزور كحكم ذبحها يعني ان
للمالك الخيار ان شاء اخذ العين مع نقصان القطع وان شاء ترك العين
للغاصب وضمنه جميع القيمة وهذه رواية عن اصحابنا والظاهر انه
له تضمين جميع القيمة بلا خيار الا يرى الى ما قال الحاكم الشهيد في
مختصره المسمى بالكافي وان قتل الدابة اذا غصبها فقطع يدها او رجلها
فلا يشبه هذا الشاة لان هذا كالخرق الكثير في الثوب لانه استهلكها
وليس ينتفع صاحبها بما بقي والغاصب ضامن لقيمة الدابة وهي له
وكذلك لو كان بقرة او شاة او جزورا فذبحها او قطع يدها او رجلها
الى هنا لفظ الحاكم وذلك لان الدابة بعدما قطعت يدها ورجلها
لا ينتفع بها انتفاع الدواب فصارت هالكة فاذا صارت هالكة بالغاصب
ضمن كل القيمة ويكون له الدابة بخلاف الثوب فان الثوب بالخرق
الفاحش لا يكون هالكا لانه يمكن ان ينتفع به انتفاع الثياب
بعد تضمينه القيمة بلا خيار يكون للمالك الخيار ثم ذكر الحاكم وقال

وكذلك

حادية وعشرون

وكذلك لو كانت شاة او بقرة او جزورا فذبحها او قطع يدها او رجلها
لان هذا اتلاف الدابة وان كانت مأكولة اللحم لان الدابة لا تبقى وانما
تبقى اللحم ولحم غير الدابة وعن ابي يوسف رواية انه له الخيار في
مأكول اللحم لان اللحم مقصود كما ان عينها مقصود والحكم لم يتلف فكان
خفيفا من وجه فكان له الخيار ان شاء ترك اللحم عليه وضمنه قيمة
الدابة وان شاء اخذ اللحم وضمنه قيمة النقصان قوله ولو كانت بلغ
الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها
هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما
ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر رجوعه لتضمين القيمة فيهما
بلا خيار وقد مر قبل هذا في الواقعات الحسامية في باب الغصب
بعلامة السين رجل غصب دابة فقطع يدها فهو على وجهين اما
ان كانت هذه الدابة لا يؤكل لحمها او يؤكل ففي الوجه الاول لا يكون لصاحب
الدابة خيار لانه استهلك من كل وجه وفي الوجه الثاني له الخيار لان الدابة
استهلكت من وجه دون وجه واراد صاحب الهداية بقطع الغاصب طرف
الدابة احد قوائمها لان في عين الحمار او البغل او الفرس ربع القيمة
وكذلك في عين البقرة والجزور ربع القيمة وفي عين الشاة ما نقصها
وسيجيء ذلك في كتاب الديات ان شاء الله تعالى ونقل في الاجناس عن كتاب
الجنايات والديات رواية بشر عن ابي يوسف قال ابو حنيفة في احدى عيني الحمار
او البغل ربع القيمة ولو فقأ عين شاة او جمل او ظبي او كلب او
سنور او دجاجة او حمامة او نعامة فعليه ما نقصه وقال ابو يوسف
في ذلك كله عليه ما نقص في جميع البهائم قالوا في قطع اذن الدابة
او ذنبها يضمن النقصان وجعل ذلك نقصانا يسيرا وعن شريح ان
قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة وان كان لغيره يضمن النقصان
قوله بخلاف قطع طرف المملوك حيث يقول للمالك ان يضمنه
جميع قيمتها يعني ان للمالك ان يضمن جميع قيمة الدابة اذا كانت غير
مأكول اللحم كالحمار ونحوه فقطع الغاصب طرفها بلا خيار وللمالك ان ياخذ
الدابة مع نقصان قطع الطرف بخلاف العبد اذا قطع الغاصب
طرفه حيث كان له ان ياخذ العبد مع ارش اليد المقطوعة هذا
اذا لم تكن الجناية مستهلكة اما اذا كانت مستهلكة فليس للمالك
ان ياخذ الارش مع امساك الجثة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد
عرف ذلك في المختلفات المنظومة بيانه ان كل جناية لو حصلت في الحر

أو حنث كما لا لو نه فإذا حصلت في العبد ما يملكه كفقء العينين
وقطع اليدين والرجلين والذكر وقطع يد ورجل من جانب واحد
وأما في قطع الأذنين وحلق الحاجبين إذا لم ينبت فعن زفر أنه
في رواية جعله مستهلكا وفي رواية لم يجعله مستهلكا وكل جناية لو حصلت
في الحر لا توجب كمال الدية كقطع يد أو رجل وقطع يد ورجل
من جانبين فكذلك الجناية على ما يملكه ثم في الجنايات التي يملكه على قول
أبي حنيفة المولى بالخيار إن شاء حبس العبد لنفسه ولا يرجع بشيء وإن شاء
سلمه إلى الجاني ورجع بقيمته وقال صاحباه إن شاء سلم ورجع بالقيمة
وإن شاء حبس لنفسه ورجع بالنقصان كذا ذكر في كتاب القصاص من شرح
الطحاوي قوله فإن من خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه
أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وإن خرقه خرقا كبيرا يبطل
عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته قال الحاكم الشهيد في
الكافي وإن غصب ثوبا فخرق فيه خرقا قال إن كان خرقا صغيرا ضمن
الغاصب ما نقصه الخرق وأخذ صاحب الثوب ثوبه وإن كان الخرق
كبيرا قد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه
ويكون الثوب للغاصب وإن شاء أخذ ثوبه وأخذ ما نقصه إلى هنا لفظ
الحاكم وذلك لأن المحل قائم بحاله ولكن تمكن فيه نقصان بفعل
الغصب فوجب الجبر بالضمان لأنه مما لا يجري فيه الربا وإن كان الخرق
كثيرا قد أفسد الثوب فالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب
وترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وأخذ ما نقصه الخرق
لأنه تعيب عيبا فاحشا فصار المحل هالكا من وجه فكان الخيار إليه
إن شاء مال إلى جانب الهلاك فأخذ ضمان الثوب وإن شاء مال إلى جانب
القيام فأخذ النقصان وإن خرقه خرقا بحيث لا يمكن خياطته
ولبسه ضمنه قيمته لا محالة لأنه لم يبق منتفعا به أصلا قال شيخ الإسلام
علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي قال شيخ الإسلام قال بعض مشايخنا
هذا إذا كان الخرق بحال لا يمكن الخياطة فأما إذا أمكن خياطته ولم يبق بعد
الخياطة نقصان فاحش لا يكون له أن يضمنه جميع القيمة وإن أمكن خياطته
ثم يحصل النقصان إن بقي نقصه لكن حرج أن يأخذ ما يبقى ويأخذ بإزائه
الكسب فإن بقي نقصان بعد ذلك أخذ أرشها كذا ذكر ههنا كذا في شرح الكافي
هذا إذا غصب ثوبا فخرقه أما إذا غصب ثوبا فقطعه قميصا ولم
يخطه فله أن يضمن ما نقصه القطع كذا ذكر الحاكم في الكافي وذلك
لأن

لأن عين ماله قائم ثم يستدام فكان له أن يأخذه ويضمن الأرش أي النقصان
لأنه تلف بعضه قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإن شاء ضمنه
قيمته لأنه تعيب عنده تعيبا فاحشا وإن خاطه قميصا أو غيره فليس لصاحبه
أن يأخذه لأنه صار شيئا آخر يتعلق به حكم آخر فصار الأول
هالكا من حيث المعنى فكان للمالك ولاية التضمين واختلف المشايخ في الفرق
بين الخرق اليسير والفاحش قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم إن
أوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير
وقال بعضهم ما لا يصلح الباقي لثوب فهو فاحش واليسير ما يصلح
والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة
واليسير ما يفوت به بعض المنفعة كذا في الفتاوى الصغرى
وقال صاحب الهداية والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض
العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة و
إنما يدخل فيه النقصان أي النقصان في مالية الثوب بسبب فوت
الجودة واستدل الإمام محمد رحمه الله في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا
حيث جعل للمالك ولاية تضمين جميع القيمة والفائت بالقطع
بعض المنافع لا عامة المنافع كما أشار إليه القدوري
قوله فإن من غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء
والغرس وردها أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فإن كانت
الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء و
الغرس مقلوعا ويكون له قال صاحب الهداية معناه قيمة بناء
أو شجر يؤمر بقلعه يعني ليس معنى قوله مقلوعا أنه يقلع
بل يقوم وهما قائمان بقيمته ما لو كانا مقلوعين ... أو إنك
كما في الغصب وقوله في الغصب فيه فصل ويجد الأعيان
اختلف في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف
قال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان
وإليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه
عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال في قوله ومن غصب
أرضا وقال بعضهم لا يتحقق فيها بل يجاب بأن يقال لما تصور بصورة
الغصب سماه غصبا كما في قوله تعالى إلا إبليس لأنه تصور بصورة
الملائكة والأصل هنا ما روي في كتاب الخراج من كتاب السنن مسندا
إلى هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم من أحيى أرضا ميتة
فهي له

وليس لعرق ظالم حق قال صاحب المغني قال هشام العرق الظالم ان
يغرس الرجل في ارض غيره ليستحقها بذلك وقال مالك العرق الظالم
كل ما اخذ واحتفر وغرس بغير حق وقال في الغاية وهو الذي عرق ظالم
وهو الذي يغرس فيها غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها بذلك
وان الارض بحالها لم تنتقص فملكه تابعه لان الغاصب يلزمه
ردها كما ... البناء والغرس فاذا لزمه الرد وجب عليه تفريغها
كما لو غصب ظرفا فطرح فيه متاعه وان كانت الارض تنتقص بالقلع
كان للمالك ان يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعا
ويكون البناء والغرس للمالك ذكر لان في قلع الغاصب البناء
والغرس اضرارا له لا يحصل له فلا يكون متعديا فيما في قلعه
ضرر على مالك الارض وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام ويمكن ان يوفى كل واحد منهما حقه من غير ضرر الاولى
ان يعطي الغاصب في البناء والغرس مقلوعا فان دفع اليه القيمة كان
اصلح له لسقوط اجرة القلع عنه وفي ايجاب القيمة على المالك شبهة
البناء والغرس له دفع الضرر عن ملكه فكان اولى كذا في شرح الاقطع
وفي الخلاصة الفتاوى رجل بنى حائطا في كرم رجل بغير
امر صاحب الكرم ان لم يكن للتراب قيمة فالحائط لصاحب الكرم
وان كان للتراب قيمة فالحائط للباني وعليه قيمة التراب ولو غصب
ارضا فبنى حائطا فجاء صاحبها واخذ الارض فاراد الغاصب ان ينقض
ان بنى الحائط من تراب هذه الارض ليس له النقض ويكون لصاحب
الارض وان بنى الحائط لا من تراب هذه الارض فله النقض كذا في
الخلاصة وفي الواقعات الحسامية في باب الغصب علامة العين
رجل غصب ارضا فزرعها حنطة ثم اختصما وهي بذر لم تنبت بعد
فصاحب الارض بالخيار ان شاء تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع زرعك
وان شاء اعطاه ما زاد البذر فيه اما الخيار الاول فلا طريق لتفريغ الارض
الا ذلك فان اختار اعطا الضمان كيف يضمن روى هشام عن
محمد انه يضمن ما زاد البذر فيه فيقوم الارض وليس فيها بذر
ويقوم وفيها بذر ... وروى الفقيه عن ابي يوسف انه يعطيه مثل بذره
والمختار انه يضمن قيمة بذره لكن مبذورا في ارض غيره وهو ان تقوم
الارض مبذورا وغير مبذور لكن مبذورا لغيره حق النقض والقلع
... فقيمة بذر مبذور في ارض غيره وفي الواقعات

ايضا

ايضا في باب الغصب علامة السين رجل القى بذره في ارض رجل
آخر والقى بذره وسقى الارض فنبت البذران جميعا ان القى فيها
بذره وقلب الارض قبل ان ينبت بذر صاحب الارض فنبت البذران جميعا
فما نبت يكون للآخر عند ابي حنيفة لان خلط الجنس بالجنس استهلاك
عند ابي حنيفة وعليه للاول مثل بذره ولكن مبذورا في ارض مملكه
وطريق معرفته ذكرنا لكن ثمة يضمن قيمة بذره في ارض غيره
وهنا يضمن قيمة بذره في ارض نفسه فان جاء صاحب الارض وهو
الاول والقى فيها بذر نفسه مرة ثانية وقلب الارض قبل ان ينبت
منها البذران ثم يقلب وسقى ما نبت من البذر وكل له فهو له وعليه
للغاصب مثل بذره ولكن مبذورا في ارض غيره لانه استهلكه كذا
في هذه المسائل ... للفوائد وقوله والغرس
فتح العين والكسر جميعا قال الاول مصدر اريد به المفعول اي
المغروس من الشجر والنخل والثاني اسم ما يغرس من الشجر والنخل
قوله قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن
فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه
للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما اي
قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي فان كان
اغتصب ثوبا فصبغه احمر او اصفر فان صاحب الثوب بالخيار
ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب وكان الثوب للغاصب وان
شاء اخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ في الثوب قال ابو جعفر
فان شاء رد الثوب باع الثوب فضرب ثمنه بقيمة ثوبه ابيض وضرب
هذا الغاصب بما زاد الصبغ فيه الى هنا لفظ الحاكم في الكافي وانما
كان الخيار لصاحب الثوب دون الغاصب لان ماله متبوع ومال
الغاصب تبع وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وقال ان ادعي باخذ الثوب وامر الغاصب بغسل الصبغ وازالته
فان انتقص ضمنه النقصان لانه شغل ملك الغير بملك نفسه
فيؤمر بالتفريغ كما لو غصب ساجة وبنى عليها بخلاف السمن في
السويق حيث لا يؤمر الغاصب بازالة السمن لانه يتعذر تمييزه بعد
اللت ويمكن ان يقول مراعاة الحقوق واجبة بقدر الامكان وقد
امكن بايجاب بدل الصبغ اليه والجواب عن فصل الساجة انه
انما امر الغاصب بنقض البناء لكون النقض له ولا يكون ...

وإذا أمر بإزالة الصبغ بلا شيء فيضيع حقه فلا يجوز ذلك لأن عصمة مال
الغاصب لا تنتفع بالعصيان وتمام البيان فيه ما قال القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي بقوله وإنما لم يملك الغاصب الثوب لأن الاسم
لم يزل وعامة المنافع باقية وإنما يثبت الضمان لأن المالك لا ينتفع
به بعد الصبغ كما ينتفع به قبله ولأنه لم يرض التزام بدل الصبغ
فلم يجز إلزامه ذلك كما إذا لم يلزمه فهو بالخيار من بلاده أشباه
إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه أبيض لأنه أفسد ملكه وفوت الغرض
منه وإن شاء أخذ الثوب وغرم قيمة الصبغ لما بينا أن الثوب
على ملكه والصبغ عين مال قائم فلا يجوز أن يستحق على
الغاصب بغير عوض وإن شاء لم يضمن الغاصب وترك الثوب على
حاله والصبغ للغاصب فإذا بيع فالثمن على قدر حقهما ولو كان
الضمان يسقط المالك فإذا رضي بتركه جاز وإن سقط الضمان
صار كما لو ألقى الريح الثوب في صبغ رجل يكون شريكاً بين صاحب
الصبغ وصاحب الثوب لهذا ثوبه ولهذا صبغه والوجه الأخير
من الخيارات لم يذكر في مختصر الكرخي ومختصر القدوري وصاحب
الهداية ومعطيهما ذكرنا الوجه في السويق يعني أن رعاية
الجانبين واجبة وصاحب السويق صاحب الأصل فكان له الخيار
إن شاء ضمن الغاصب السويق فكان السويق له وإن شاء أخذه و
ضمن السمن للغاصب لأنه أجنبي حق الغاصب تحته وما في
التهذيب في الكافي وإذا غصب سويقاً فلته بسمن فصاحبه بالخيار
إن شاء ضمنه مثل سويقه وإن شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب ما زاد
فيه من السمن قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي وفيه إشكال
وهو أنه قال في الكتاب يضمنه قيمة السويق فإنه مثلي ولم يقل مثله
وقد اختلف أصحابنا في ذلك والصحيح ما ذكر في الكتاب لأن السويق أجزاء
حنطة مقلية والحنطة بالقلي يخرج من أن يكون من ذوات الأمثال
لأن القلي تتفاوت فيه المقالي فلا يكون السويق مثلياً وذكر
صدر الإسلام أبو اليسر في شرح الكافي أن السويق من ذوات القيم وإن
كان مكيلاً فقال كل مكيل لا يكون مثلياً وكذا كل موزون لا يكون مثلياً
وإنما المثلي من المكيلات والموزونات ما هي متقاربة والتي هي متفاوتة
فليست بمثلي كالعدديات فإن المتقاربة مثليات أما المتفاوتة
فلا وكذا بين المكيلات والموزونات والعدديات سواء وكذا يجب أن يكون
الذرعيات

على

على هذا وبين السويق والسويق قد يكون متفاوتاً بسبب القلي
فلا يكون أمثالاً متفاوتة قوله اعتباراً بفصل الساحة في بابها
المهلهل لكن صح سماعنا وكذا في قوله كما في الساحة وقد مر بيان
الاعتبار منقولاً عن شرح الكافي قوله لأن النقص له بعد النقض
إلا ولا نعلم السويق والسمن بالفتح أي لأن الحاصل من البناء المنقوض
كالخشب والآجر للغاصب فكذلك السويق بلته لتنا أو أمسه بالماء
أو غيره قوله لتضمن الثوب على صفة العين المغصوب في النصب
والثوب منصوب على أنه مفعول ثان قوله قال أبو عصمة هو
سعد بن معاذ المروزي تلميذ إبراهيم بن يوسف وهو تلميذ أبي يوسف
القاضي وهو تلميذ أبي حنيفة قوله سماه به أي سمى محمد المثل القيمة
في قولهم تضمن قيمة السويق ثنا ولما تقوم القيمة مقام المثل مقام
المغصوب قوله ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة
وعندهما زيادة ذكره بغير تفصيل على حكاية القدوري في شرح مختصر
الكرخي وأما في الصبغ بالسواد فإن شاء ضمنه قيمته أبيض وإن
شاء أخذ الثوب أسود ولا شيء للغاصب وقال أبو يوسف السواد عندي
مثل العصفر فيعطيه ما زاد السواد فيه وهذا قول محمد ومن
أصحابنا من قال إنه لا خلاف في هذه المسألة في الحقيقة لأن أبا حنيفة
أجاب على ما شاهد في زمن بني مروان وإنهم لم يلبسوا السواد وكان
ذلك نقصاً عندهم يجب على صاحب الثوب لأنه نقص في ثوبه
وهما أجابا على ما شاهدا من عادة بني العباس ولبسهم السواد
فكان ذلك زيادة في زمانهم فهو كالعصفر ومن أصحابنا من
قال إن أبا حنيفة أجاب في نوع من السواد ينقص القيمة وهو خسيسه في
العادة وهما أجابا في نوع يزيد السواد في قيمته في العادة والحاصل
في هذا أنه لا خلاف في هذه المسألة وإنما يرجع إلى العادة في كل
زمان فإن كان السواد زيادة غرمه المالك وإلا لم يغرمه كذا
ذكره القدوري في شرحه قوله وقد عرف في غير هذا الموضع
أي في شرح مختصر الكرخي وغيره من الكتب المبسوطة قوله
ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة ذكره أيضاً بغير تفصيل على حكاية المختصر
قال القدوري في شرح مختصر الكرخي وأما العصفر إذا نقص الثوب
ولم يزده فقد روي عن محمد أنه قال فيمن غصب ثوباً قيمته ثلاثون درهماً
فصبغه بعصفر حتى صارت قيمته عشرين درهماً فإنه ينظر إلى ما يزيد
هذا الصبغ

[illegible] المعاملة

المختصر [illegible]

في قيمة ثوبه لا بعض قيمته بأن كان ثوبه يساوي عشرة فصار خمسة عشر
الغاصب خمسة دراهم وذكر لان المالك استوجب عليه عشرة دراهم
نقصان قيمة ثوبه واستوجب الغاصب عليه قيمة الصبغ خمسة
فالجبر بالقصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذه
رواية هشام عن محمد كذا في العيون وقال الولوالجي في فتاواه ولو غصب
العصفر صاحب الثوب وصبغ به ضمن مثل ما اخذ لانه استهلكه
فان لم يقدر عليه فهو على الاختلاف الذي عرف فيما ينقطع عن
ايدي الناس وليس لصاحب العصفر ان يضمن الثوب لان الصبغ
فيه كالهالك والسواد ههنا كالعصفر عند ابي حنيفة ايضا لان
النقصان يجب بخلاف الصبغ ولو وقع الثوب نفسه في الصبغ فانصبغ
فانه يكون سواء ان ياخذه رب الثوب ولا شيء عليه عند ابي حنيفة
وان كان عصفرا او زعفرانا يخير صاحب الثوب ان شاء اعطاه ما
زاد الصبغ فيه وان شاء امر ببيع الثوب ويضرب بقيمته صاحب
الثوب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ في الثوب لان
المالك لم يرض بالتزام ضمان الصبغ ولا نعني لصاحب الصبغ ههنا
لانه لا صنع له فيه بخلاف ما قبله وقال ابو يوسف ومحمد السواد
والعصفر سواء وكذلك السمن يخلط بالسويق والسويق بمنزلة الثوب
لانه اصل والسمن كالصبغ فاما العسل والدهن اذا اختلطا
فكلاهما اصل وذكر غصب ثوبا من رجل وصبغه بعصفر لآخر
ثم ذهب الفاعل ولم يعرف فهو كما لو اختلط بغير فعل احد
لانه تعذر اعتبار فعله للضمان فهو كالعدم ولو كان صاحب الثوب
غصب العصفر وصبغه ثم باعه فلا سبيل لصاحب العصفر على
المشتري لان الغاصب استهلكه ولو ان صاحب العصفر غصب
الثوب وصبغه به ثم غاب وحضر صاحب الثوب فصلى بالثوب
لانه ملكه ويستوثق منه بكفيل لان للغير فيه حقا وهو الصبغ ولو غصب
ثوبا وعصفرا لرجل واحد وصبغه كان للمالك ان ياخذه مصبوغا
ويبرئ الغاصب عن الضمان لان حال الاشارة استهلكه ثم بالخلط كما في
فتاوى الولوالجي وقال في شرح الطحاوي ولو اغتصب من رجل ثوبا ومن
آخر صبغا فصبغه ضمن لصاحب الصبغ صبغا مثل صبغه لانه استهلك
صبغه حين صبغ به الثوب فما بعد ذلك كما لو صبغ بصبغ نفسه
وقد مر سابقا ذلك **فصل تولد** ومن غصب غنما فنتجت نتيجة

هذا لو غصب الفرد وذكر في مختصره قال ان معنى كلام الملك ان الغصب عندهما معنى
لا يصلح سببا للملك الذي هو نتيجته ولنا ان الواجب الاصلي رد العين
ثم الضمان عند التعذر فالضمان ضرورة شرع بالله تعالى ما راجب
الضمان يثبت الملك للغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك
رجل واحد فصار الملك الثابت بالضمان حسنا ايضا لحسنه وان كان
الغصب نفسه عدوانا وهو حق البيان بانه من هذا الى الغصب
المفتوح في هذا الفصل بخلاف الحد ترتيبا وليس بعقاب بل للنقل من ملك
الى ملك ولهذا لم يملكه الغاصب بالضمان ولان ضمان لم يجعل
مقابلا بالفائت وهو البدل دون الولد ثم سبب الملك في المغصوب للغاصب
ما هو اصله وهو ما كان فيه بعض المغصوب سبب الملك بقول الضمان
على الغاصب لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وهو معنى قولهم
المضمون يملك بالضمان فيلزم هذا غلط لان الملك يثبت من وقت
الغصب وهذا يسلم الكسب للغاصب بعد بيعه وقال بعض المتاخرين
الغصب هو السبب الموجب للملك عند اداء الضمان ... لان
الملك لا يستحقه عند اداء الضمان حتى قبل الغصب لهذا لم يسلم
له الولد ومع هذا يتعيه بعض التعفة وهو انه يلزم ان يكون
الغدر ان المحض سببا للملك شرعا ولا يسلم ان يقال الغصب محض
لرد العين والقيمة عند التعذر رد العين ثم يثبت الملك للغاصب
شرطا للقضاء بالقيمة لا مقصودا بالغصب ولهذا لا يملك الولد
فانه بعد الانفصال لا يبقى تبعا وانما يثبت شرطا يثبت تبعا والكسب
ليس كذلك لانه بدل المنفعة فيكون تبعا محضا فيملكه الغاصب وعن هذا
هو الغلط فيه لكن لا يصح قولهم المضمون يملك عند اداء الضمان ليس
بان الملك مقصود بل تبع ذا الضمان بل معناه ان الملك يثبت
عند اداء الضمان لكن يستند الى الغصب للتوفيق وقولهم هذا حكم
لا معنى له لانه لا يراد بكون الغصب سببا موجبا للملك عند اداء
الضمان الا بهذا المعنى كما مر لكل وجه حتى يرد عليه عدم
سلامة الولد للغاصب بل الغصب يثبت الملك عند اداء الضمان بطريق
الاستناد والاستناد يثبت من وجه دون وجه فلم يظهر اثره في الزيادة
المنفصلة قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا ابق العبد
المغصوب من يد الغاصب فالمالك بالخيار ان شاء انتظر الى ظهوره
فياخذه وان شاء لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته فلو ظهر العبد بعد ذلك

فانه ينكر ان اخذ صاحبه القيمة التي سماها ورضي بها اما لتصادقهم
عليها او بقيام البينة او بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له
على العبد عندنا وعند الشافعي له ان ياخذ عبده بعينه ويرد القيمة
بقول الغاصب بيمينه على ما يدعيه المالك من الزيادة فان المالك بالخيار
ان شاء امضى الضمان ورضي بها وسلم العبد الى الغاصب وان شاء رد القيمة
القيمة الى اخذها ويسترد العبد وللغاصب ان يحبس العبد حتى ياخذ
القيمة ولو مات العبد عند الغاصب قبل رد القيمة عليه فلا يرد
القيمة ولكن ياخذ من الغاصب فضل القيمة ان كان في قيمة العبد فضل
على ما اخذ وان لم يكن فيه فضل فلا شيء له سوى القيمة الماخوذة
وروي عن ابي يوسف انه قال اذا ظهر العبد وقيمته مثل ما قال المالك
فلا خيار للمالك ولا سبيل له على العبد وفي ظاهر الرواية له الخيار
من غير تفصيل ولو كان العبد المغصوب مدبرا وابق عند الغاصب فانه
يضمن القيمة لان المدبر يضمن بالغصب ولكنه لا يصير ملكا للغاصب
حتى انه لو ظهر يرد على مولاه ويسترد منه القيمة وليس للغاصب حبسه
لاجل القيمة لانه لا يجوز بيعه فلا يجوز حبسه بالدين وان كان المغصوب
ام ولد فلا ضمان على الغاصب عند ابي حنيفة لان من اصله ان ام الولد
ليست بمال وعندهما هي كالمدبر ويفرق ابو حنيفة بينها في الغصب
وبين بيعها في الشراء لو قبضها المشتري بتسليم البائع وهلكت عند المشتري
فلا ضمان عليه فيهما جميعا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن القيمة فيهما جميعا
ولو جنى على كل واحد منهما وجب ارشها جميعا على الجاني بالاجماع
كذا في شرح الطحاوي قوله نعم قد يفسخ التدبير جواب سؤال مقدر بان يقال
لا نسلم ان المدبر ليس بقابل للنقل من ملك الى ملك الا ترى ان المولى لو باعه
وحكم القاضي بجواز بيعه جاز بيعه وانفسخ التدبير بالقضاء فاجاب
عنه وقال نعم يقبل النقل بعد القضاء لكن حينئذ تصادف البيع القن
لا المدبر لانه لا يبقى مدبرا لوقوع القضاء في محل مجتهد فيه وكلامنا
في المدبر لا في القن قوله فالقول قول الغاصب مع يمينه
اي قال القدوري في مختصره وذكر لان الغاصب هو الذي يلزمه الضمان فكان القول
قوله في مقداره يعني ذلك انه لو جحد اصل الغصب كان القول قوله فاذا
جحد بعض الضمان كان القول قوله ايضا لانه منكر للزيادة وقد قال
النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على من انكر قال القدوري في مختصره الا ان يقيم
المالك البينة باكثر من ذلك وذلك لانه نور دعواه بالحجة الملزمة وهي البينة

ودعوى النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي فيكون القول قوله في الزيادة فيلزم
ذلك الغاصب قوله فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد
ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا
خيار للمالك وهو للغاصب اي قال القدوري في مختصره وقوله وهو للغاصب
اي العين المغصوبة للغاصب وانما ذكر الضمير الراجع الى المؤنث على تاويل
الشيء المغصوب وذلك لان الضمان من اسباب الملك عندنا وقد رضي
المغصوب منه بما ادعاه من القيمة فلا سبيل له على العبد بعد ذلك
قوله فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء
امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض اي قال القدوري في مختصره
وهكذا ذكر الحاكم الشهيد مطلقا في الكافي ولم يفرق بين ما اذا كان
الموجود اقل من قيمة العين وبينها اذا كان مثلها او اكثر حتى قال اذا لم تقدر
على الجارية او موت صاحبها ان ياتي بالبينة على قيمتها فان لم تكن له بينة
على القيمة واستحلف في قيمتها فالقول قول الغاصب مع يمينه فاذا حلف
وادى القيمة ثم ظهرت الجارية كان صاحب الجارية بالخيار ان شاء
رضي بالقيمة التي اخذها وان شاء ردها واخذ الجارية الى هاهنا لفظ
الحاكم وذلك لانه لم يرض بان يزول ملكه الا بالقدر الذي ادعاه ولم
يسلم له فيثبت له الخيار فان قيل الضمان جار لانه اسقط حقه
عن الزيادة وهو يكفي بذلك فان اخذ العين ورد العوض كان ما غنم فيه
استند ذلك حتى لم يرض باسقاطه كذا في شرح الاقطع وقال الولوالجي في فتاواه
وقال الكرخي انما يتخير اذا كان المأخوذ اقل من قيمة الجارية فاما
اذا كان مثلها او اكثر لا يتخير لانه وصل اليه بدل ملكه بكماله والصحيح
ما ذكرنا اولا لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذا لم يعط له ما
يدعيه من القيمة وثبوت الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته
وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها لانه لم يرض الا بان يزول العين عن
ملكه بما ادعاه وقد وجه تخصيص الكرخي الى ما ذهب اليه الكرخي
ايضا حيث قال اما اذا قضى عليه بقوله ثم ظهرت العين وقيمتها مثل ما
قال الغاصب او اقل فلا سبيل للمالك عليها لانه استوفى البدل بلا ظلم
منه زيادة واما اذا كانت القيمة اكثر مما قال الغاصب فهذا كله سبيل
للمالك عليها فالمغصوب منه بالخيار وذلك لانه لم يستوف البدل
الذي ادعاه ولم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل فكان له
الخيار ثم قال القدوري وكان ابو بكر الرازي يقول ان هذا محمول

على ان هذه الزيادة لا يجوز ان يكون حين يحدث مثلها فيما بين التسليم والظهور
فاما اذا كان بسبب يجوز ان يحدث فيما ادعى الغاصب انها حدثت وادعى
المغصوب انها كانت فالقول قول الغاصب لان الملك قد صح ويجوز ان يكون
الامر على ما قال الغاصب بلا تفسيخ الملك بالشك قال القدوري قال
ابو بكر الرازي وهذا الذي يقتضيه قياس قولهم عندي ولا رواية فيه
ثم قال القدوري ومن اصحابنا من قال لا رواية في العراق اظهر
ويضمنها مثل ما قال الغاصب هل يثبت للمالك خيار ام لا وهو موضع
محتمل ويجوز ان يكون في الفرض ما يدل على انه يثبت له الخيار لانه قال
في تعليل مسئلة القيمة اذا كانت ناقصة لان المالك لم يستوف ما ادعى
من القيمة وهذا يدل على ان القيمة اذا كانت تامة فلا خيار لانه قد ثبت له انه
لم يستوف ما ادعى من القيمة ووجه ذلك ان المغصوب كالمكره على
نقل حقه من العين الى بدل من غير رضى به والمكره يثبت له الخيار في الفسخ
وذكر ابو سهل ما يدل على انه لا خيار له لانه تارة يعلل
مسئلة نقصان القيمة لان المالك لم يستوف القيمة بكمالها وهذا يدل على
انه اذا استوفاها لا خيار له والوجه في ذلك ان المالك رضي بالقيمة
حين طالبه بها ومطالبته بمثل ما يدعى صحيح ومطالبته بما زاد
عليها لا تصح فكانه طالب بمقدار قيمة العين وسلم له ذلك فلا يثبت
له خيار **قوله** ويضمنها مثل ما ضمنه او دونه اي قيمة العين مثل
ما ضمن الغاصب او اقل منه **قوله** في هذا الفصل الآخر يعني اذا
ضمنه الغاصب بقوله مع يمينه **قوله** فكذا الجواب اي لا خيار للمالك
في ظاهر الرواية لانه هو المذكور في الاصل مطلقا وكذا ذكر في
مختصر الكافي وكذا نقل الطحاوي اطلاق الرواية في مختصره ايضا **قوله**
لانه لم يتم رضاه دليل عليه وهو الاصح لا دليل قول الكرخي **قوله** لم يعط اي
المالك هو على صيغة المبني للمفعول **قوله** ومن غصب عبدا فباعه
فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه
اي في الجامع الصغير والفرق بينهما ان الغصب غير موضوع سببا
للملك وانما جعل سببا للملك ضرورة الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل
في ملك واحد فطريق الاستناد الى وقت الغصب ملك ثابت بالاستناد
ناقص من وجه دون وجه والملك الثابت من وجه يكفي لصحة البيع ولا يكفي
لصحة الاعتاق لان العتق لا ينفذ الا في الملك الحقيقي الثابت من كل وجه لقوله
صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والبيع ينفذ في الملك الحقيقي والحكمي

الا ترى

الا ترى ان المأذون والمكاتب ينفذ بيعهما ولا ينفذ عتقهما وكذا
الغاصب يجوز بيعه ولا يجوز عتقه وهذا فيما اذا اعتق الغاصب اما
اذا اعتق المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك البيع ففيه خلاف فعند
ابي حنيفة وابي يوسف يصح اعتاقه موقوفا على اجازة المالك البيع فاذا
اجاز نفذ على المشتري ويكون الولاء له وقال محمد وزفر لا يصح قال
الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن
ابي يوسف وذكر هشام عن ابي يوسف ~~وقال محمد وزفر لا يصح قال الحاكم~~
~~الشهيد في مختصر الكافي قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن ابي يوسف~~
انه لا يجوز عتقه وقال ابن ابي ليلى عتق المشتري من الغاصب جائز
وان لم يجز صاحبها البيع وعلى الغاصب قيمتها وان كانت زادت من يوم
رد الجارية البيع لم يجز البيع الى هنا لفظ الكافي قال شيخ الاسلام
الاستحسان والخلاف في هذه المسئلة يرجع الى اصل وهو ان بيع الفضولي
هل هو منعقد في حق الحكم عند محمد غير منعقد في حق الحكم وعند
ابي حنيفة وابي يوسف منعقد ومحمد يقول بان صحة الاعتاق تعتمد
الملك ولا ملك فلا يصح وانما قلنا ذلك لان البائع لا ولاية له على
المحل حالة البيع فلا ينعقد التصرف في حق الحكم لتصرفه الملك
وهذا لا يجوز وانا نقول الاعتاق صادف ملكا موقوفا فيتوقف
على ثبوته ان يثبت الملك يثبت الاعتاق والا فلا وانما قلنا
ذلك لان السبب المقتضي لثبوت الملك موجود وهو صدور التصرف
من اهله مضافا الى محله وفي انعقاده فائدة لانا لا ندري ... الحال
لانا لا نعلم ان المالك راض بهذا التصرف او لا فاذا اجاز تبين انه
كان راضيا فيقع التصرف نافذا من حين وجوده فيكون هذا اعتاقا
بعد الملك فيحكم بصحته كما في البيع بشرط الخيار لانه يستلزم الحكم
عن السبب فتبين انه لم يكن ثبوت الحكم ... امتنع الحكم
لمانع لا لانعقاد في حقه يتوقف تصحيح الاعتاق ولو كان مكان
الاعتاق بيعا ثم اجاز المالك البيع الاول لا ينفذ البيع الثاني وعند
... ابي حنيفة انه ينفذ البيع لانه اسرع نفاذا من الاعتاق
ولهذا ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينفذ البيع ولو اعتق ثم ادى قلنا و
الضمان لا ينفذ العتق فاذا نفذ الاعتاق مع انه ابطل فالاولى البيع
ان ينفذ البيع الذي هو اسرع نفاذا منه بالطريق الاولى وبالنفي
البيع ... كما في المبيع في فصل بيع الفضولي ... اذا ماتت الجارية

منقوص

ثم سلم ثم الجارية بعد البيع لم يمكن البيع لان الاجارة تلحق القائم دون الهالك
لان الهالك ليس بمحل لثبوت الملك فيه قوله اي ضرورة اي ولثبوت الملك
للغاصب ضرورة ان لا يجتمع البدلان في ملك واحد قوله
فالولد المغصوبة وثمارها وثمرة البستان المغصوب امانة
في يد الغاصب ان هلكت فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها
صاحبها فيمنعها اياه اي يمنع الغاصب ... عند علمائنا الثلاثة
في طريقة الخلاف قال علماؤنا زوائد المغصوب امانة متصلة كانت
كالسمن والجمال او منفصلة كالثمرة والولد ...
الشافعي مضمونة ... هكذا في الطريقة له ان سبب الضمان هو الغصب
قد تحقق في الزيادة كما تحقق في الاصل لان الغصب اثبات اليد
على مال الغير بغير حق واقامة نفسه مقام المالك في حق ...
ولهذا كان ولد صيد الحرم مضمونة بالاتفاق ولنا ان
الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه تفوت يد المالك وهذا
لان الغصب يتعدى الى المغصوب والمغصوب منه بازالة
شيء منه انما هو المالك فاما هو اليد فالملك لا يزول بالغصب
فتعين اليد ضرورة فثبت ان الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك
ولم يوجد ذلك في يد المالك في الزيادة لان يد المالك ما ثبتت على الولد
ما دام لم يوجد حد الغصب في الزيادة فلا يجب الضمان لان الزيادة حصلت
في يده بغير صنعه اي باذن الله لا صنع للغاصب في احوال
الولد فصار كما اذا هبت الريح على ثوب انسان فالقته في حجر
غيره فانه لا يكون مضمونا عليه لانه لم يوجد الصنع من جهته
ولكنه يكون واجب الرد الى المالك الاصل حتى اذا وجد التعدي
كالاكل والبيع ونحو ذلك او المنع بعد الطلب يكون ضامنا وفي
الظبية المخرجة من الحرم اي يضمن ولدها اذا هلك بعد التمكن من
الارسال لانه يكون الهلاك بعد المنع ... وهو الشرع
والله ... اما اذا هلك قبل التمكن فلا يضمن فكان الخلاف
في ولد المغصوب بعد التعدي او منع ... ولد
صيد الحرم بان يقال يجب الضمان ما هلك بعد التمكن من الارسال
او قبل التمكن فنقول ان هذا الضمان ضمان جناية اي اتلاف ...
الاتلاف لا الهلاك يعني بتفويت الامن يجب الضمان والدليل على انه
ضمان جناية ان الضمان يتكرر بتكرر الجناية الا ترى انه لو جرح صيدا
يكفر

يكفر عنه ثم جرحه بعد ذلك فتتعدد عليه كفارة اخرى كما في
الدواعي وبيان ذلك فيما قال شمس الائمة في الاسرار وقوله واما زوائد
صيد الحرم فانما ضمان الصيد يتعلق بالاثبات في اليد لانه يصير آمنا
بفعله فصار اتلافا لما ليس له بتفويت الامن عليه وهو اهلاك معنى
وصار تسبيبا الى الاهلاك في حق الولد وههنا اثبات اليد على الولد فقط
وليس باهلاك حتى يوجب الضمان وفي الاسرار كلام طويل وهو ... لاجل
صاحب المحيط برهان الدين ابو محمد عبد العزيز بن عمر بن ...
المعروف بمازه في طريقة الخلاف واما ظبية الحرم فانما يجب الضمان
في حق الولد مقصودا لا تبعا وذلك لان علة الضمان في حق الام
انما هو تفويت اليد وتفويت الامن وجد في حق الولد كما وجد
في حق الام لان الصيد انما صار آمنا بتعذره وتواريه عنا وهو
لما اثبت يده على الولد وجد فوت التعذر ما دام فوت التعذر فقد فوت
الامن وتفويت الامن سبب صالح لوجوب الضمان ثم ما كان ... تفويت
الامن في حق صيد الحرم سبب صالح لوجوب الضمان لا في حق كل
الصيود والولد ليس بصيد الحرم بدليل انه يحل بيعه ثم يحل
اكله فلو كان صيد الحرم لما حل بيعه ولا اكله ولان تفويت الامن
انما يتصور بعد ثبوت الامن ولم يوجد ثبوت الامن في حق الولد لما
حدث حدث خائفا فلا يتصور تفويت الامن في حقه قلنا الولد
لم يكن صيد الحرم من كل وجه ولكنه صيد الحرم من وجه بدليل انه
يجب ارساله على الحرم وقوله بانه يحل اكله قلنا نعم يحل ولكن يكره
من حيث انه ليس بصيد الحرم كلا من حيث انه صيد الحرم يكره
والثابت من وجه يلحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطا
وقوله بانه حدث خائفا قلنا نعم ولكنه يستحق الامن والمستحق للامن
كالامن حكما وهو لما اثبت يده على الولد فقد فوت الامن حكما وتفويت
الامن حكما سبب صالح لوجوب الضمان فان قيل يرد عليكم ما صنع الغاصب
وجاحد الوديعة والملتقط لنفسه حيث يجب عليهم الضمان مع انه
لم يوجد تفويت يد المالك قلنا كل واحد منهم اثبت يده على محل
هو ملك الغير وقصر يد المالك عنه وفوت عليه التمكن من الاخذ
فانما ظهر اثر هذا الفعل في المالك حيث ... عليه وفي مسألتنا
المالك لم يقصر يده عن الاشياء بفعله فان حصوله في يده لم يمنع المالك
من اثبات اليد عليه حتى لو منع نقول يجب عليه الضمان كذا في اشارات الاسرار

قوله على ما ذكرنا اشارة الى ما ذكر في اول كتاب الغصب بقوله الغصب
في الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده قوله
اربا. فهو في تمه وانما قيد بالتسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع قبل
التسليم كالمودع اذا باع الوديعة لا يضمنها ما لم يسلم قوله
فيما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد
وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب قال
القدوري في مختصره وقوله في ضمان الغاصب خبر المبتدا الذي هو
قوله ما نقصت يعني يضمن الغاصب نقصان الجارية بسبب الولادة
قال الكرخي في مختصره فان غصب رجل رجلا امة فولدت في يد الغاصب
وماتت وولدها فعليه ان يردها ويضمن ما نقصتها الولادة ولا شيء
عليه من قيمة الولد وان كان في الولد وفاء بها ردها وولدها
وجبر نقصان الولادة بالولد فان لم يكن فيه وفاء وزادت قيمة الولد على
النقصان فلا شيء على الغاصب من نقصان الولادة وان كانت قيمة
الولد اقل من قيمة النقصان سقط من نقصان الولادة قدر قيمة
الولد ويغرم ما فضل من النقصان من قيمة الولد الى هنا لفظ الكرخي
في مختصره ولقب المسئلة في طريقة الخلاف ان نقصان الولادة يجبر
بالولد اذا كان بالولد وفاء عندنا وقال زفر والشافعي لا ينجبر
وصورة المسئلة رجل غصب جارية قيمتها الف درهم فولدت ولدا
قيمته خمسمائة فانتقصتها الولادة حتى صارت قيمتها خمسمائة ثم
ردها الى المالك مع الولد يبرأ عن الضمان عندنا ولا يلزمه غير ذلك
وعندهما يلزم رد خمسمائة الى المالك ثم الكلام مع الشافعي في هذه المسئلة
بنا على المسئلة الاولى وهي ان زوائد الغصب عندنا امانة متصلة كانت
او منفصلة وعنده مضمونة وذكر تكمله غصب الجنا فمبناه على
تلك المسئلة ايضا لان الولد اذا كان مغصوبا مضمونا تبعا للاصل
مع انه اصل قائم بنفسه فالمنافع التي هي تابعة للذات اولى ان يكون غير
مضمونة الى ... لما كان الولد مضمونا عنده لم يجز ان يجبر به نقصان
لانه يصير بضمانه فلا يجوز ان يؤدى به ضمان غيره لان الشيء الواحد
لا يتادى به ضمانان في حالة واحدة وبهذا الطريق اجمعنا الامة في ولد
الظبية اذا اخرجت من الحرم وانتقصت بالولادة ان الولد لا يجوز ان يكون جابرا لنقصان
الام لانه لما كان مضمونا بنفسه لا يجوز ان يؤدى به ضمان غيره على ما ذكرنا انه
سلم ان ولد الغصب امانة لكنه يمنع ان يكون النقصان مجبرا بالولد

لان

لان الولد ملك المغصوب منه فلا يصلح ان يكون جابرا لملكه وصار
كما هو اذا قطع يد انسان فنبت مكانها اخرى او جز شعره فنبت مكانه
آخر حيث يجب عليه الضمان ولا يصير الثاني خلفا عن الاول الفائت
وان كان الثاني ايضا ملكا للمالك لانا نقول انما لا يجب الضمان باعتبار
ان الثاني خلف عن الاول ولكن لم يجب الضمان لانعدام سبب وجوب الضمان
لان سبب الضمان انما يتقرر اذا تحقق النقصان وههنا لم يتحقق النقصان
لان الثاني لما قام مقام الجزء الاول حقيقة فقد ارتفع النقصان
وصار كأن لم يكن بخلاف مسئلتنا فان النقصان متمكن متحقق في
الام حقيقة ولم يقم الولد مقامها فلا يصلح ان يكون جابرا للنقصان
لان الجابر يجب ان يكون ملك الغاصب الا انا قد ذكرنا ان نقصان الام حصل
بسبب حصل به الزيادة فكان كمعنى ايجاد آفات فيكون جواب
الجزء من الام الى خلف وانعدام الجزء كلا فوات كما اذا نبت سن
المغصوبة فنبت مكانها اخرى او جز شعرها فنبت مكانه اخر
او قطع يد المغصوب في يد الغاصب فاخذ ارشها ورده الى المغصوب منه
المغصوب لا شيء عليه غير ذلك وكذا اذا كانت المغصوبة سمينة
فهزلت ثم سمنت لا يجب شيء آخر لان الفوات الى الخلف كلا فوات قلنا
ان النقصان حصل بسبب حصل به الزيادة لان السبب اما ان يكون الولادة
او العلوق فان كان الاول فلاتحاد السبب ظاهر لان الولادة لا تعرى
عن الام عادة والام لا تعرى عن النقصان عادة فكانت الولادة سببا
للنقصان وكذلك الولادة سبب للولد لا محالة والولد نفع وزيادة لا محالة واما
العلوق فانه يفضي الى الولادة التي هي سبب للزيادة والنقصان
لا محالة فكان العلوق سببا لهما جميعا فيتحد سبب الزيادة والنقصان
على كلا التقديرين فلا يظهر النقصان مع وجود الزيادة بمقابلته كما
في زراعة الاب والوصي مال الصبي حيث لا يجب الضمان لان النقصان صورة
لا معنى لا يعد نقصانا فان قيل سلمنا ان النقصان مع الزيادة متحد
ولكن لا نسلم ان هذا القدر يكفي لصحة الخلافة الا يرى ان النقصان
والزيادة قد اتحد في مواضع ومع هذا لم يجعل الزيادة خلفا عن النقصان
منها ان الولد اذا هلك في يد الغاصب قبل الرد الى مالك الجارية لم يجعل
ذلك خلفا عن النقصان ومنها ان الجارية اذا ماتت في يد الغاصب بالولادة
وفي الولد وفاء بها لا يجعل خلفا عن الام وان كان سبب الفوات والزيادة
واحدا ومنها اذا جز صوف الشاة فنبت مكانه اخر او قطع قوائم الكرم

ثبت فكانها اخرى جابرا لا تجعل الفائت خلفا عن الجزء الفائت ضمنا
اذا غصب عبدا فنزع الثنية فنبتت فانه لا تجعل الزيادة بالخصاء خلفا
عن النقصان بالخصاء ومنها اذا غصب عبدا فعلمه الحرفة حتى انتقص
بدنه بالتعليم وازداد قيمته بالتعليم لا تجعل الزيادة خلفا عن الجزء
الفائت ومنها ان ظبية الحرم لو اخرجت منه فولدت ثم انتقصت بالولادة
لا تجعل الولد خلفا عن الجزء الفائت ايضا اما اذا قتلت الولد قبل
الرد فانما لم تجعل الزيادة خلفا عن النقصان لان شرط براءة الغاصب
اتفاق الاصل او رد الخلف فلم يوجد الرد فلا يمكن جعل الزيادة خلفا
واما اذا ماتت الام فانما لم تجعل الولد جابرا لانها متبوعة فلا يكون
التابع جبرانا للمتبوع بخلاف النقصان مع الولد فانهما تابعان وذلك
في الطريقة البرهانية اذا ماتت الام وبالولد وفاء فعن ابي حنيفة
في هذه المسئلة ثلاث روايات في رواية يجبر الولد خلفا وفي رواية لا يكون
خلفا وفي رواية يكون خلفا عما انتقص بالولادة فالولد يجبر بالزيادة
التي فاتت بموتها انه يكون خلفا عن الام فاما اذا جز صوف شاة او قطع
قوائم شجرة فان تحد سبب النقصان وسبب الزيادة لان سبب النقصان
هو القطع وسبب الزيادة كون المحل منبتا لا القطع فان كان [illegible]
السبب فجعلنا الزيادة خلفا كذلك نقول في تعليم العبد الحرفة
ان السبب لم يتحد لان سبب النقصان التعليم الذي يوجب الخفة وسبب الزيادة
ليس بتعليم بل هو الحذاقة وسرعة الخاطر والفهم ولهذا اشترك الاثنان
في التعليم ويسبق احدهما الاخر في التعلم لسرعة فهمه واما نزع الثنية
فان ذلك ليس بزيادة معتبرة وكانت كالعدم فلم تجعل الزيادة خلفا
لان ذلك امر حرام لا يرغب فيه الا بعض الفسقة وكجعل الخصي
كالمحرم ولهذا هو محل ليس بمحرم في حق الموالاة واما الظبية المخرجة الموالاة
من الحرم اذا ولدت خارج الحرم بعد ما [illegible] ان الولد يكون خلفا عن نقصان
الام بالولادة ذهب صاحب الجواب فلابد نقصان ولكن قلنا لا يكون
خلفا فنقول ان الولد مضمون بضمان نفسه فلا يجوز ان يكون ضمان غيره
والباقي يعلم في نسخ طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى خصوصا في الطريقة البرهانية
قوله هو الولادة او العلوق اي سبب الزيادة والنقصان الولادة
والعلوق يعني ان كل واحد من الولادة والعلوق يصلح ان يكون سببا للزيادة
والنقصان وقد مر بيان ذلك وقيل ان الولادة سببهما عند ابي يوسف
ومحمد والعلوق سببهما عند ابي حنيفة وفيه نظر فتوكل على ما [illegible] في الطريقة [illegible]

قوله

قوله وولد الظبية مضمون يعني لا نسلم ان ولد الظبية لا يكون جابرا
لنقصان الام كما قال زفر وان فعل وقد قيل انه يصلح ان يكون جابرا
ففي هذا منع قياسهما عليه قوله وكذا اذا ماتت الام يعني ان
القياس على موت الام ايضا ممنوع لانه يكون جابرا في رواية عن ابي حنيفة
وفيه ثلاث روايات ذكرناها قبل هذا قوله وتخريج الثانية
ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا اي تخريج
المسئلة الثانية وهي مسئلة موت الام على تقدير التسليم وانما سماها ثانية
لانها وقعت ثانية في بيان الجواب لان المصنف منع تولد الظبية
ثم عطف عليه مسئلة موت الام وان كانت وقعت مسئلة موت الام في
ترتيب المسائل التي قاس عليها زفر بالثالثة بيان ذلك ان السبب ما يكون
مفضيا الى الشيء غالبا والولادة ليست تفضي الى الموت غالبا بل نادرا
لان موت الام بالولادة ليس بمعتاد فلا يكون الولادة سببا للموت
فلم يكن الولد جابرا للام لان الولادة سبب للزيادة فحسب لا للموت
قوله والخصاء خصاء الانسان والدابة ممدود على وزن فعال
يقال خصاه يخصيه مثل غطاه يغطيه خصاء اذا سل خصيته
قوله ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا
عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا وصورة المسئلة في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها
ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم
علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه
في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما ردها الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير وهي من الخواص يريد به اذا زنى بها رجل
[illegible] ذكر محمد مطلقا في الجامع الصغير
ذكر تفسيره بالطواعية كذا قال الصدر الشهيد في شرحه وانما
قيد بما يحبل من الزنا لانه اذا كان من الزوج او المولى فلا ضمان
بالاتفاق كما ذكره الكرخي في مختصره وان حبلت عند الغاصب من زوج
كان لها في يد المولى فعلى الغاصب شيء من ذلك وان ماتت من الحبل فلا ضمان [illegible]
وكذلك لو ماتت في يد الغاصب من حبل المولى لها الى هنا لفظ
الكرخي لهما ان رد المغصوب الى المالك قد حصل وهو الواجب
على الغاصب ثم الهلاك حصل بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة

فلا يضمن الغاصب كمن سرق جارية فوجدها حاملا فولدت فماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن ولكن يرجع بنقصان الحبل وكذا لو حمت عند الغاصب فردها على المالك فهلكت عند المالك لا يضمن قيمتها ولكن يضمن النقصان وكذلك لو زنت عند الغاصب فردها فجلدت عند المالك فماتت بذلك كان على الغاصب النقصان ولا يكون عليه قيمة الجارية كذا قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير لابي حنيفة ان الواجب على الغاصب الرد على الوجه الذي اخذ فلم يوجد الرد على ذلك الوجه لانه اخذها وهي فارغة عن سبب التلف وردها وهي مشغولة بسبب التلف لان العلوق لا بد له من الوضع والولادة فكان التلف الحاصل بالولادة مضافا الى العلوق الذي كان في يد الغاصب فلا يبرأ من الضمان كما اذا جنت عند الغاصب فردها الى المالك فقتلت بتلك الجناية او دفعت بتلك الجناية حيث يرجع المالك على الغاصب بكل القيمة كأنه لم يردها اصلا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحملت وماتت في نفاسها لان الحرة لا تضمن بالغصب فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد ولهذا اذا هلكت عند الغاصب لا يضمن شيئا والجواب عن الحمى بل ما مثله الشرا منعها نقض هنا فقال يرجع بجميع الثمن عند ابي حنيفة وسلم نقضها فنحن نفرق بين مسئلة الغصب ومسئلة الشرا فقال في الغصب الواجب على الغاصب فسخ فعله بالرد على الوجه الذي اخذ فلم يوجد ذلك حين هلكت بذلك السبب عند الغاصب فلا جرم وجب عليه قيمتها وفي الشرا الواجب على البائع تسليم المبيع لا الرد والنقرد في كونه متعيبا الى التلف امر لا يمنع صحة الرد ولا يمنع صحة التسليم لانه تسليم المبيع لما وقع عليه العقد وهو انه مال متقوم وموتها في النفاس لا يعدم التسليم على الوجه الذي وجب عليه فلا يضمن الثمن واما مثله الحمى فان الهلاك بها لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل بالحمى الاولى عند الغاصب فان ذلك ليس بموجب بعده فكان الهلاك في حبل الزنا لان الزنا يوجب جلدا مولما لا متلفا فلا يضاف التلف الى الزنا فلم يضمن الغصب قيمتها
قوله وفي فصل الشرا الواجب ابتدا التسليم اي الواجب على البائع تسليم المبيع كما اوجبه العقد مرة واحدة لا دائما ولم يفسخ ذلك التسليم فهلاكها بالولادة عند المشتري كلا وصورة الغصب فان الواجب

فان ذكرنا الا بسبب كالهلاك بالحمى عند آثار الحمى

على

على الغاصب الرد على الوجه الذي اخذ والرد على ذلك الوجه شرط صحة الرد فاذا لم يوجد الرد على ذلك الوجه لم يوجد الشرط فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط ايضا وهو صحة الرد فلم يصح الرد فصار كأنه لم يرد فيضمن الرد بالهلاك بسبب كان عند الغاصب وما ذكرنا شرط صحة الرد فافهم
قوله فلم يوجد السبب في يد الغاصب وهو الجلد الجارح اي المتلف
قوله قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان اي قال القدوري في مختصره اعلم ان المراد المنافع لا تضمن بالغصب سواء صرفها الى نفسه او عطلها على المالك فقال الشافعي يضمن الخائن وقال الطرطوشي لبعضها فيه المنافع لا تضمن بالغصب والاستهلاك عند علمائنا خلافا للشافعي وصورته رجل غصب عبدا فامسكه شهرا ثم رده فصار غاصبا للمنافع او استعمله شهرا فصار مستهلكا لها عندنا لا يضمن هذه المنافع وعنده يضمن قال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي وليس على الغاصب ركوب الدابة وسكنى الدار اجرة وهو مذهب علمائنا وقال الشافعي عليه الاجر وكذلك لو لم يركبها ولا سكنها ولكن حبسها اياما ثم ردها على مالكها فلا اجر عليه عندنا وعند الشافعي عليه اجر مثلها وقال صاحب الهداية وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه وذلك لانه في الاول تنتفع بذلك الغير وفي الثاني لا وجه يوجب الضمن فهي اجرة الغصب وهو انا لا نبقى حال الغصب ولكن يجب ضمان الغصب وهذا لان المنافع اموال متقومة كالعين فتضمن وهذا تضمن بالعقود الصحيحة والفاسدة والشيء في العقود الفاسدة تضمن بحكم القيمة فلولا ان المنافع اموال متقومة لما صح ذلك ولهذا لو تزوج امرأة بسكنى الدار او منافع العبد سنة جاز وصح التسمية فلولا ان المنافع اموال لما صحت التسمية لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم ولنا ما روي عن عمر وعلي وعامة الصحابة رضي الله عنهم انهم اوجبوا على المغرور الذي وطئ امرأة معتمدا على ملك نكاح قيمة الولد وقيمة منافع البضع ولم يوجبوا عليه قيمة منافع البدن ولو كان واجبا لبينوا ذلك لان الحاجة الى البيان كانت ماسة ولان المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما ان يكون مضمونه بامثالها من المنافع او بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان يكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا تماثل بذلك ولا يجوز ان يكون مضمونة بالاعيان

وهذا معنى قوله ...

المثله

لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان لقوله تعالى فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم وبيان عدم المماثلة صورة ظاهر وكذا معنى
لان المنافع اعراض لا بقاء لها عند اهل السنة والجماعة لكنها لا تبقى زمانين
ويبقى والاعيان لها بقاء وتقوم بنفسها وبين ما يبقى وما لا يبقى
تفاوت عظيم فيكون مالية الاعيان فوق الاعراض فينتفي
التماثل ولما انتفت المماثلة فاذا لم يكن ضمان المنافع بالاموال والاعيان
جميعا قلنا بانها لا تضمن بالغصب وكذا بالاتلاف لان المنافع حقيقة
لا يتصور اتلافها لانه لا يكون مقترنا بالوجود لانه ضده فلو كان وجود
التلف مقترنا بوجود المنفعة لامتنع وجود المنفعة اصلا للتنافي
بين التلف والوجود ولا يرد الشيء اذا طرأ عليه يرفعه بل يقارنه
ويدفعه وبعد وجود المنفعة لا يتصور الاتلاف ايضا لانها لا توجد
تتلاشى ويصير في نفسها كذلك خلق الله تعالى الاعراض فلا يتصور
تصور الاتلاف في حالة ثانية بقائه حتى يصح الاتلاف فاذا لم
يكن باقيا في الحالة الثانية كيف يتصور الاتلاف منه فاذا وجدت
وتلاشت من غير ان يكون فناؤها مضافا الى فعل احد كيف يضاف
الى فعله ولا فعل له في المنافع وانما الفعل لو وجد في محل المنافع
بعد ذلك محصلا للمنافع لا نفيها فكيف يجعل بعد ذلك فعل التحصيل اتلافا
فان ادعى انه سبب فنقول كما يدعى تصور الاتلاف لم يعتبر
قلت السبب اتلافا ولا يتصور الاتلاف قلنا بان قلنا الاعدام من
العباد يتصور بدون الوجود بطريق التسبب دون الاعدام فنقول
هذا الانتزاع فيه ولكن لا يدعي هنا المحل لكون الفعل فيها كما
اما مباشرة او تسبيبا ولا يمكنه بوجه ما ولان ضمان الغصب انما يجب
اذا وجد معنى الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير اذنه على وجه
يتضمن تفويت يد المالك والمنافع تقدر حدوثها في يد الغاصب لم تحدث
في يد المالك فلا يحصل تفويت يد المالك فلا يتحقق معنى الغصب كما
ذكرنا قاله شمس الائمة السرخسي في اصوله ان قيام الاعراض بالاعيان
و العين يتقوم بنفسه ولا مماثلة بين ما يتقوم بنفسه وبين ما يتقوم
بغيره بل ما يقوم بنفسه ازيد في المعنى لا محالة ولكن هذه الزيادة
العقد ثم نسقط اعتبارها في ضمان العدوان كما ان كان العقد او
ما كانت فلا وجه لاسقاط اعتبارها اذا كان الزيادة في ضمان العدوان
لان بطلان الغاصب لا يسقط حرمة ماله فلو اوجبنا عليه ضمان الزيادة

اهدرناها

اهدرناها في حقه فلو لم يوجب الضمان لم يهدر حق المغصوب منه
بل يتأخر الى الآخرة فيتضرر الغاصب دون ضرر الاهدار فاذا الزمناه
الزيادة كان ذلك حيفا على الجاني وان لم نوجب الضمان لتعذر ايجاب
المثل صورة ومعنى لا يكون سقوط حق المغصوب منه في احكام
الدنيا مضافا الى الجاني بمنزلة من ضرب انسانا ضربا لا اثر له او شتمه شتمة
لا عقوبة في الدنيا كذا في اصول شمس الائمة ولا نسلم ان المنافع اموال
فانها لا تبقى ولا يتصور الاتلاف متمولا فكيف تملك المنافع وانما الاعيان
تقدر اموالا لصاحبها للانتفاع بها فادخارها لوقت الحاجة فاما
التصرف الى الحاجة فلا يعد تمولا كالاكل وانما الشرع اعتبرها اموالا
في حق العقود لمساس الحاجة اليها لما اذا ظهر التقوم في حق العقد
لا تنفصل بين الصحيح والفاسد كذا في اسرار الاسرار ولان كل سبب
ضمنه المنفعة تسوية منفعته للحر بالعبد اصله الاجارة الصحيحة
والفاسدة ومعلوم ان من حبس حرا صانعا وحال بينه وبين عمله
لم يضمن اجرته فكذلك اذا حبس عبدا ومنعه من مولاه وهذا اصل محكم
ولا يقال منهم قائل ان منفعة الحر يضمن لا يقول الحر لا يضمن بحبسه
بالغصب فكذلك منفعته فان قيل كل ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح ضمن
بالغصب اصله الاعيان فيجب ان يضمن بالعقود لا يضمن بغيرها الا يرى
ان من باع عبدا فادى ما نه فاشتراها على عبد الا انه فيضمن بالعقد
ولا يضمن بالغصب فاذا ثبت ما قلنا ان استهلاك المنافع حقيقة لا يتصور
لانها كما توجد تتلاشى لان العرض لا بقاء له ولكن لم يعلم ان استهلاكها
معنى وتقديرا لا يتصور وهذا لان الغاصب كما منع حدوث المنافع
على ملك المالك بعد حصول السبب وهو الدار كان المنع من الحدوث بمنزلة
الاهلاك قلنا ان المنع من الحدوث لا يكون سبب الضمان في القيمة كجعلهم
وانما السبب هو الاتلاف ولذلك قلنا اذا انقطع شجرة انسان لا يجب عليه
ضمان الثمار وان منع من حدوثها على ملك المالك ولكن يعضها وجه
آخر ان المنافع حدثت على ملك الغاصب لانها حدثت بفعله و
كسبه لان المنفعة عند المحقق يستدعي الوصول للاذن اليه وحصول
السمع له وذلك انما يحصل بدخوله في الدار والسكنى ودخوله في الدار
وسكناه كسبه وفعله فصح ما قلنا انها حدثت على ملكه لانها حصلت
بفعله وكسبه فصار كما قلنا ان الغاصب اذا آجر الدار المغصوبة يكون
الاجر له لانه حصل هذه المنافع فكان البدل له فان قيل لا نسلم

ان المنفعة حدثت على ملك الغاصب لا نسلم انها حدثت بفعله وكسبه بل
حدثت بغير فعله وكسبه فيكون فعله شرطا لحصول المنفعة لا ان يكون سببا
لحصولها فيكون مستوفيا لمنفعة مملوكة للمغصوب منه فيجب الضمان ولهذا
يجب الاجرة على المستاجر بالاجماع فلو حدثت المنافع بفعله وهو الدخول
والسكنى لم يجب عليه الاجرة لان المنفعة حينئذ تكون حاصلة بفعله فتكون
مملوكة له قلنا قد بينا انها حدثت على ملكه لانها حدثت بفعله وكسبه
وكسب الانسان ملكه واما قوله بانها حدثت بغير فعله فذلك لا يصح لان
المنفعة ليست بمودع في العين حتى يتصور انفصالها عنه بفعله
بما استعماله ولكن اللذة انما حصلت للحي بسبب تلك اللذة فمنفعة
ولكن يشترط لحصول هذه المنفعة كون المحل قابلا للانتفاع فذلك
من شرائطه الا ترى ان الاكل والشرب يحصل بهما اللذة ولكن عند
وجود الشرط وهو كون المحل الماكول قابلا لدفع الجوع وكون الماء قابلا
لدفع العطش ومع ذلك لا يخرج اللذة من ان تكون حاصلة بالاكل والشرب
فكذلك ههنا والجواب عن مسئلة الاجارة قلنا الاجرة عندنا
بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من
استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا الى استيفاء المنافع فاعطي
لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار
الحاجة ولا حاجة الى ما ذكرت مثلها حتى يقام التمكين مقام
المنفعة في حق وجوب الضمان لان ذلك يقرر الحرام وهو الغصب بخلاف الاجارة
لانها في نفسها عقد صحيح فجاز ان يقام مقام المنفعة بعدما يظهر
مشروع والذي يقلل من نسخ طريقة الخلاف انما يقال قوله حصلت
في ملك الغاصب بحدوثها في امكانه اي في تصرفه وقدرته على وجه صرفها
الى حاجة نفسه دون غيره وهذا لان المنافع قبل الحدوث لم يكن مملوكة
لمالك فلما حدثت حدثت في ملك الغاصب لانها حصلت بكسبه والاصل
عليه في الملك من كسبه قوله وتقرير هذه المآخذ في المطولات اي
في مختلف الفقه اي المبسوط اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم
واراد بالمآخذ ما ذكره اولا بقوله انها حصلت في ملك الغاصب وثانيا
انها لا يتحقق غصبها واتلافها لعدم بقائها وثالثا انها لا تماثل الاعيان
والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص قوله الا ان ما انتقص باستعماله
مضمون عليه لانه استهلك بعض العين ولم يوجد العقد لعدم الولي والعقد
من الغصب فلم يضمن المنافع لكن النقصان باستعماله يضمن
فصل

ي

في غصب ما لا يتقوم لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع
في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب الضمان ام لا
قوله قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما لمسلم
لا يضمن ذكر القدوري في مختصره قال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي
نصراني غصب من نصراني خمرا فهلكت عنده يضمن مثلها وكذلك لو
استهلك ذمي من ذمي خنزيرا يجب قيمته وكذلك لو غصب مسلم من ذمي خمرا
فهلكت عنده او اتلفها يضمن قيمتها ولا يضمن مثلها ولو اتلف مسلم على
ذمي خنزيرا على قول ابي حنيفة يضمن قيمته وعلى قول ابي يوسف ومحمد
يضمن قيمته وهذا كله عندنا لانهما يعني الخمر والخنزير مال متقوم في حق
اهل الذمة واما عند الشافعي فلا ضمان في شيء من ذلك والبيع باطل
لانه لا تقوم عنده في حق اهل الذمة كما في حق المسلمين احتج
الشافعي بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اي بين اهل الذمة وجه
الاستدلال ان مما انزل الله تعالى حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم
الحكم و
بحرمتهما ولنا ان الخمر والخنزير متقوم في حق اهل الذمة فيجب الضمان
على من اتلفهما الا ترى الى ما ذكره ابو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه في فصل من تجب
عليه الجزية فقال حدثنا اسرائيل عن ابراهيم بن عبد الاعلى عن
سويد بن غفلة قال حضرت عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء
انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير فقال بلال اجل انهم
يفعلون ذلك فقال عمر فلا تفعلوا ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا
الثمن منهم وجه الاستدلال انه لما امر عمر رضي الله عنه ان يوكل في بيعها وسمى
العقد عليها بيعا وبدلها ثمنا والثمن لا يجب الا في عقد صحيح على
المتقوم وهذا الانقضاء عمر على ما لا يخفى على الصحابة ولم ينقل
النكير منهم عليه فحل محل الاجماع ولانهم اتفقوا على امساك الخمر والخنزير
والانتفاع بذلك فكان الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا فيجب الضمان
على المتلف من غير نكير ولانه كان الخمر والخنزير كانا حلالين
في الامم الماضية وكذلك حلهما كان في هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب
بالحرمة خاصا في حق المسلمين فما كانا حلالا عليهم بقيا حلالا عليهم
كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا
في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا الا ترى الى قوله تعالى
للمؤمنين في سورة المائدة يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب
والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي تفلح

اذا اجتنب الخمر قال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير والجواب
عن قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله فالمراد منه ما انزل الله
مطلقا لا ما انزل على المؤمنين خاصة كنكاح المحارم قال رسول الله [illegible]
ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الخمر وحرم ثمنها ولعن الخنزير وحرم
ثمنه قلنا نحن نقول بموجب ذلك وهما حرام علينا ولكنهم اقروا على ذلك
فكان حلالا لهم قال رسول [illegible] الخمر [illegible] فلم يكن مالا لقوله عليه السلام
حرمت الخمر لعينها فلا تضمن بالاتلاف قلنا حرام لعينها علينا لا عليهم لان
الخطاب في الاشربة خاص قوله الخنزير والخمر اذا اتلفها ان كان على مسلم
لم تضمن لان المسلم ممنوع عن تملكها وليس مالا في حقه فلا تضمن
له كالميتة والدم واما الخمر اذا اتلفها المسلم فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
خلافا لهما كذا ذكر الخلاف فخر الاسلام البزدوي في شرح الكافي لان الخنزير
متقوم في حقهم كالخمر فيضمنه كما يضمن الخمر لكن في الخمر تجب القيمة
وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فتجب
القيمة كما في الخنزير لان المسلم يملك تمليك القيمة وجه قول الخصم ان قيمة
الحيوان قائمة مقام الحيوان حتى اذا اتى بقيمته يجبر على القبول
كما اذا جاء بالحيوان فيكون اداء قيمة الخنزير كتسليم الخنزير والمسلم لا يملك
تمليك الخنزير فلا يملك تسليم قيمته ايضا بخلاف قيمة الخمر لان القيمة
في معنى الخمر لان الخمر من جملة ذوات الامثال وقيمته ما لم يعمل ليست
في عينه شرعا فلا يكون اداء القيمة كتمليك الخمر وهذا الذي ذكرناه
من عدم الضمان في اتلاف المسلم الخنزير عند ابي حنيفة خلاف ما ذكره القدوري
في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي حيث قال في شرحه قال اصحابنا اذا
استهلك مسلم خمرا على ذمي ضمن قيمتها وكذلك الخنزير ولم يذكر الخلاف
من اصحابنا ولكن ما ذكره صدر الاسلام [illegible] قول ابي حنيفة الذي [illegible] في كتاب
النكاح قبيل باب نكاح الرقيق فيما اذا تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير
ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض فلها الخمر والخنزير [illegible]
وان كانا بغير عينهما فالجواب على التفصيل عند ابي حنيفة في الخمر تجب القيمة
وفي الخنزير مهر المثل لان تسليم قيمة الخمر ليس كتسليم عين الخمر لان الخمر
من ذوات الامثال وتسليم قيمة الخنزير كتسليم عين الخنزير لان الحيوان ليس
من ذوات الامثال [illegible] قوله بخلاف الميتة والدم
لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما [illegible]
بعين التقوم الخمر والخنزير باقي في حق اهل الذمة بخلاف الميتة والدم

قال [illegible] الله م

صار

في ترك تعرضهم في حقهم ايضا فلا يلزم الضمان باتلافهما ولكن هذا
في الميتة التي ماتت حتف انفها لان ذبيحة المجوسي وخنقه وموقوذته
مال يجوز بيعها عند ابي يوسف خلافا لمحمد وزفر وكذلك في المحيط
فعلى قول ابي يوسف يجب الضمان الا ترى الى ما قال القدوري في كتاب البيوع
من التقريب وذبيحة المجوسي يجوز بيعها منهم كالخمر وقال محمد لا يجوز
لنا ان الله قال فيهم اقروهم على ما يعتقدون به كالخمر ولمحمد ان ذبائحهم ميتة
فصار كالموات حتف انفه قوله وان كان من ذوات الامثال كما في الخمر
وكان القياس ان يقول كما في الخمر لان الخمر مؤنثة الا ترى الى قول ابي الاسود الدؤلي
دع الخمر يشربها الغواة فانني رأيت اخاها مغنيا لمكانها ويذكر
[illegible] باب نكاح الرقيق الا انه ذكر الضمير على تأويل الشراب قوله
بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين يتصل بقوله لان المسلم
ممنوع عن تمليكه يعني ان المسلم لما كان ممنوعا عن تمليك الخمر وجب
عليه قيمة الخمر اذا اتلفها بخلاف الذمي اذا باعها من ذمي حيث يجب عليه
تسليم عين الخمر لان الذمي ليس بممنوع عن تملكها وتمليكها وكذلك اذا اتلف
ذمي خمر ذمي حيث يجب عليه مثلها قال الصدر في شرح مختصر الكرخي
ومن اتلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا اقررناهم على هذا
الصنيع فصار كالخمر التي هم مقرون عليها وعن بعض اصحابنا ان الذمي
يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم الا شرب الخمر واكل الخنزير لانا استثنيناه
بالامان ولو غنوا او ضربوا بالعيدان منعناهم من ذلك كما يمنع المسلم
لانه لم يستثن بعقد الامان قوله وهذا بخلاف الربا اي هذا الذي ذكرناه
من كون الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر بخلاف الربا فانه ممنوع عن الربا لان الربا
مستثنى من عقودهم لانه لم يرد عليه عقد الامان الا ترى الى قوله تعالى
في سورة النساء واخذهم الربا وقد نهوا عنه وقد روى اصحابنا في كتبهم
ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم من اربى فلا عهد له وعرف ذلك
في البيوع في المسائل المنثورة قبل السلم قوله وبخلاف العبد المرتد يكون
للذمي عطف على قوله بخلاف الربا يعني ان عبد الذمي اذا ارتد لا نقره على
تموله وتملكه بل نأخذه من ايديهم ونقتله لانا ما ضمنا لهم ترك
التعرض اذا وجد ما يوجب اباحة الدم اذ في ترك التعرض لهم في ذلك يلزم
الاستخفاف بالدين فلا يجوز وان كانت [illegible] وتشتيتها وتفرقها
قوله وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه يعني ان متروك التسمية
عمدا يمنع البيع عنه وان كان المشتري راضيا به كما يمنع الذمي عن الربا وان كانوا

كذا ذكر العدوي في شرحه م

يجعلون تحويل حين ترك التسمية عمدا لظاهر الحديث لظاهر الحلال وهي
لا يجب الضمان على متلفه لان ولاية المحاجة ممتنع عنه فلما ثبت لقوله تعالى
ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه حقيقة بالخمر والخنزير مما اي هو
الذي في اعتقادنا واعتقادهم لانهم عقدوا على ذلك في عقد
الامان ولا نتعرض لهم في ذلك وان لم نحاجهم فلا يجب الضمان على
المتلف كذا في متروك التسمية عمدا فانها ليست كذلك في اعتقادنا بل هو
ميتة وان كان يبيحه الشافعي واصحابه لانهم محجوجون بالحجة القاطعة وهي
الآية فلا يجب الضمان على المتلف ولم يلتفت الى اعتقادهم **قوله** قال واذا
غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ
الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه اي قال
في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يغصب من مسلم الخمر او جلد الميتة فيخلل الخمر ويدبغ جلد الميتة قال لصاحب
الخمر ان ياخذ الخمر بغير شيء واما جلد الميتة فله ان ياخذه ويرد على
الغاصب ما زاد الدباغ في الجلد وان كان الغاصب استهلكهما جميعا ضمن الخل
ولم يضمن الجلد المدبوغ وقال ابو يوسف ومحمد يضمن قيمة الجلد مدبوغا
ويعطيه صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه كما ذكر الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي وغيره في شروح الجامع الصغير
قال اصحابنا اما التخليل فعلى ثلاثة اوجه اما ان خللها بالنقل من الظل
الى الشمس ومن الشمس الى الظل او بالقاء الملح فيها او بصب الخل فيها ففي
الوجه الاول الخل لصاحبها ولا شيء عليه لان الخمر تخلل بعد ما كانت لا تبدل
نجاستها فانه للتزول [illegible] البول فصار التخليل بمنزلة الغسل فلا
[illegible] والالية بل كان ذلك بمنزلة الطهارة للثوب بالماء
فلا جاز كذلك صار صاحب الخمر احق بالخل واذا خللها بالقاء الملح فيها
وهو الوجه الثاني قال شيخ الاسلام في شرحه يعني على قول ابي يوسف ومحمد
ياخذه المالك ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دباغ الجلد وصبغ
الثوب وان اراد تركه وتضمينه لم يكن له ذلك لما نص في رواية وفي رواية
له ذلك قياسا على جلد الميتة على ما يجيء بعد هذا واما على قول ابي حنيفة
فان ذكر صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وهكذا ذكر فخر الاسلام
رحمه الله ومن اصحابنا من جعل الجواب في الملح على التفصيل قال ان
كان يسيرا لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شيء كالتشميس وان القى فيها
ملحا كثيرا اخذها المالك عندهم جميعا ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيه

قوله

قوله اي تبع الجلد وصبغ الثوب كما ذكر محي الدين قاضي خان في شرحه
وفي الوجه الثالث وهو ما اذا خللها بصب الخل فيها روي عن محمد انه
ان صار خلا من ساعته كان ذلك استهلاكا فتصير ملكا للغاصب
ولا شيء عليه وان [illegible] فلم يصر خلا الا بعد زمان
فهو بينهما على مقدار كيليهما لانه لم يصر استهلاكا بل صار في التقدير
خلط الخل بالخل وعلى قياس قول ابي حنيفة هي للغاصب ولا شيء عليه في
الوجهين جميعا لان نفس الخلط استهلاك عنده كذا ذكر فخر الاسلام
وفي الجامع جعل الخل بينهما اذا صب فيها كالتشميس تاما اذا خللها
بخل كثير له قيمة فيجب ان يكون للمالك عند ابي حنيفة كما لو خلط خله بخل
المغصوب منه والصحيح انه لا [illegible] لانه استهلكه حين لم يصر الخمر
بالاتلاف وعند ابي يوسف ومحمد يشتركان وقال شمس الائمة الحلواني الظاهر
الجواب ان يقسم بينهما على قدر كيليهما سواء صارت خلا من ساعتها او
بعد حين اما عندهما فلا اشكال وكذا عند ابي حنيفة لانه عنده الخلط [illegible]
وان امكن المالك [illegible] الضمان وههنا متعذر لان الخمر لم يتحقق
بالاتلاف وقال كثير من المتاخرين هذا اذا [illegible] اما اذا
من ساعته فهي للغاصب لانه غلب عليها خله واستهلك الخمر ولم
يضمن وذكر في المنتقى رجل صب في خمر انسان خلا [illegible]
وهي نصفان قال صاحب الخمر ياخذ نصفها خلا كذا ذكره محي الدين في
قال في شرح الجامع الصغير وقوله في الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر
ان ياخذ الخل بغير شيء محمول على الوجه الاول من وجوه التخليل وهو
التخليل بغير شيء وقال بعضهم يحتمل ان يجري الجامع الصغير على الاطلاق
فياخذها صاحب الخمر الخل بغير شيء في الوجوه الثلاثة لان الملقى في الخمر
صار مستهلكا واما جلد الميتة فان دبغه بشيء لا قيمة له اخذه
صاحبه ولا شيء عليه لانه ليس فيها مال متقوم للغاصب وهو بمنزلة
غسل الثوب النجس ايضا فصار الجلد مالا بالدباغة والشمس لانه استحال
مالا على حكم ملك المغصوب منه من غير زيادة من جهة الغاصب فيه
قال الفقيه ابو الليث في شرحه لمختصر الكرخي وهذا اذا اخذ الميتة من منزل صاحبها
فدبغ جلدها فاما اذا القى صاحب الميتة الميتة في الطريق فاخذ
رجل جلدها فدبغه قال بعضهم لا سبيل له على الجلد لانه القاها اباحة
لاحدها فلا [illegible] له الرجوع كالقاء النوى وان دبغه بشيء متقوم بعد
قالوا انه لا سبيل له على الجلد كما في القشور والنوى وان [illegible] صاحبه

أخذه صاحبه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لأنه دبغه بما له قيمة فكان بمنزلة
إظهار المالية صار الدباغ بمنزلة الذكاة في حق الزيادة فنظرنا إلى قيمته
ذكيا غير مدبوغ وإلى ما زاد عليه وهو قيمته ذكيا مدبوغا
ويدفع الفضل فيه ما زاد الدباغ فيه وجواب الجامع الصغير محمول
على هذا الوجه وهو الوجه الثاني فإن أراد المالك أن يترك الجلد
على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد ليس له ذلك لأنه غصبه بلا قيمة له
بخلاف ما لو غصب ثوبا فصبغه أحمر فإن هناك لصاحب الثوب أن يضمنه
ويترك الثوب عليه لأن الثوب قبل الصبغ كان مالا متقوما ولا كذلك
الجلد حتى لو غصبه جلدا ذكيا غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه
قال فخر الإسلام فإن كان من المشايخ من يقال هذا قول أبي حنيفة لأنه لما ترك
تعذر على الغاصب غرمه فصار كمجرده بالاستهلاك فأما على قولهما
له أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه القيمة أيضا ثم كيف يضمنه
اختلفوا فيه قال بعض المشايخ يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ قال
فخر الإسلام وذلك مذكور في بعض نسخ المبسوط لما ذكرنا أنه حي بالذكاة
وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في
مسئلة الاستهلاك فإن هلك في يد الغاصب بلا ضمان عليه بالاتفاق لأنه لم يجب عليه
الضمان بالهلاك لأنه لم يهلك بفعله ولم يكن منه جناية لكن قال الفقيه
أبو الليث إذا استهلكه قال في الجامع الصغير يضمن الخل ولا يضمن الجلد
وقال أبو يوسف ومحمد يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ
فيه أما مسئلة الخل فالمراد منها الوجه الأول من وجوه التخليل
وهو ما إذا خللها من غير خلط لأنها استحالت خلا على ملك المغصوب منه
من غير زيادة مال من جهة الغاصب فإذا استهلكها الغاصب ضمن مثلها
كما لو استهلكها قبل الغصب ثم لم يذكر محمد في الجامع الصغير ماذا يضمن
قالوا في شروح الجامع الصغير فالظاهر أنه يضمن المثل لأنه مثلي إلا أن
يكون حين … لا يوجد له مثل في تلك المواضع فيجب قيمته ونص
الكرخي في مختصره على وجوب المثل فقال … رجل غصب من رجل
خمرا فجعلها خلا فاستهلكها فإن عليه خل مثله إلى هنا لفظ الكرخي
فإن خللها بإلقاء شيء فيها ثم استهلكها فإن كان ذلك بعد ما صار خلا
من ساعته فإن كان الملقى فيها كثيرا فلا ضمان عليه لأنه استهلك
ملك نفسه أولا لأنه بمنزلة … وإن كان الملقى قليلا حتى صارت خلا
بعد مضي الزمان يضمن … لأنه أتلف ملكه

لأن

لأن بهذا الخلط لم ينقطع حق المالك كذا ذكر الإمام … العتابي
وأما إذا استهلك جلد الميتة فإن كان دبغه بما لا قيمة له ضمن قيمته
بالاتفاق فيضمن قيمته مدبوغا وإليه ذهب فخر الإسلام وقيل
طاهرا غير مدبوغ لأنه بالفعل مالا متقوما حال الصال للمالك بخلاف
ما إذا هلك بعد بلوغ الدباغ بنفسه حيث لا يجب الضمان لأنه لم يوجد
منه الجناية لأن الدباغ ليس بهلاك فعلى وجوب الضمان يجب بالغصب
ولا قيمة له عند الغصب وإن دبغه بشيء له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان
عليه عند أبي حنيفة وهذا الوجه هو المراد من جواب الجامع الصغير وقال
أبو يوسف ومحمد يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ قال فخر الإسلام
وغيره في شروح الجامع الصغير وقولهما في الكتاب يضمنه قيمة الجلد
مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه إنما يستقيم إذا كان الجنس مختلفا
أما إذا كان الجنس واحدا فلا فائدة أن يضمن الغاصب جميع دراهما
ويعطيه بعضه وإنما معنى ذلك أن يضمنه مال المغصوب منه لأنه لم يكن ذكيا
متقوما قبل الدباغ لأنه غير ذكي فإن عرف قيمته مدبوغا نظر إلى قيمته
لو كان ذكيا غير مدبوغ فيطرح ذلك من الغاصب ويغرم الباقي من جهة قولهما
أن الجلد مال متقوم فكان … الضمان على الغاصب بالإتلاف كما في
الذكي إذا استهلكه بعد الدباغ لأن الدباغ بمنزلة الغسل في هذا إذا
دبغه بشيء لا قيمة له ثم أتلفه يضمن قيمته وكذا إذا خلل الخمر بالمغصوب
ولأن الغاصب بالدباغ عمل عملا … كان الجلد … الإتلاف وعليه ضمانه
فلو أنه ذكي الجلد ولم يعمل … ثم استهلكه وجب عليه قيمته فإذا
أنفق عليه المال وحصل به قيمته ويأخذ مقدار ما زاد الدباغ فيه
ووجه قول أبي حنيفة أن مالية الجلد بتقومه تابع لما زاد الدباغ
فيه لأن ظهور المالية مضاف إلى الدباغ والإضافة ما له الدباغ
إلى الجلد بوجه فالأصل ليس بمضمون عليه فكذا التبع وهذا لو هلك
في يده لا يضمن بالاتفاق ولكن كالزكاة ولا يلزم ما إذا ذبحه … قيمته
لأن المتبوع لم يوجد لأن الغاصب أفاد له مالا فإن … عليه وله
حق الحبس حتى يصل إليه ما أنفق فصار بمنزلة المبيع في يد البائع و
اتفقوا أن البائع إذا استهلك المبيع لا يضمن ولكنه يسقط الثمن عن
المشتري فكذلك ههنا لا يجب الضمان قوله والمراد بالفصل الأول
يعني أن ههنا فصلان فصل تخليل الخمر وفصل دباغ الجلد والمراد فصلين
كون الفصل الأول في الجامع الصغير وهو قوله … الخمر [illegible]
الخل

رحمه الله
يعني بل هو التحليل للقاسي فيه فمن ثم المراد بكون القول الثاني
وهو قوله ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه فاذا دبغه فاذا
دبغه بماله قيمة كالقرظ ويكون ذلك كالعفص والشب والعفص
قال ابن دريد في الجمهرة القرظ هو الشجر المعروف الذي يدبغ به
والقارظان اللذان يتمثل بهما فيقال حتى يؤوب القارظان
العنزيان الا ... حتى يؤوب القارظان وكلاهما ... في الفنا كليب بن وائل
احدهما يقدم بن عنزة والاخر ... بن هميم بن يقدم بن عنزة خرجا
يجتنيان القرظ فلم يرجعا فضرب بهما المثل ... اذا دبغ
بالقرظ قوله كما في المختار يعني ان المختار رواية الرد فاذا ...
... الرد باستهلاكه بحكم الفقه واذا كان فلا ...
الجلد فاحب الرد فاذا فوته رجع عليه بقيمته واذا هلك فلا قوله
في هذا الوجه اي في الوجه الذي دبغه بشيء متقوم قوله ...
اي مطلقا بلا خلاف قوله ويعمل له ذلك عند ابي حنيفة ...
حتى يبطل هذا قوله لانه اذا تركه عليه يضمنه يجبر الغاصب
عن رده فصار كالاستهلاك دليل لقول ابي حنيفة وقولهما جميعا يعني
لما صار كالاستهلاك لم يكن له ان يترك الجلد ويضمن كما في استهلاك
جلد مدبوغ بماله قيمة وعندهما كان له التضمين كما في الاستهلاك
وهو معنى قوله وهو على هذا الخلاف اي في الاستهلاك على هذا الخلاف
قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر من الدليل لابي حنيفة ولصاحبيه في
استهلاك الجلد فنقل هذا قوله ثم قيل يضمنه قيمته جلد مدبوغ يعني
لما كان ... التضمين اختلف المشايخ على قولهما قال بعضهم
يضمنه قيمته جلد مدبوغ وقال بعضهم يضمنه قيمته جلد طاهر غير مدبوغ قوله
ولو استهلكه الغاصب اي استهلك الجلد الذي دبغه بشيء لا قيمة له يضمن
قيمته بالاتفاق ولكن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمن قيمته
مدبوغا وقال بعضهم قيمته طاهرا غير مدبوغ قوله وجه الاول اي
وجه ضمان قيمته الجلد مدبوغا قوله ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه
قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب لا شيء عليه لانه استهلكه وتمام
البيان ... الوجه الثاني من وجوه التخليل قوله على ما قيل ... قيل
في دبغ الجلد اي على القولين المذكورين فيه ...
وقيل ... عند ابي حنيفة قوله ولو استهلكه لا يضمن عند ابي حنيفة
اي لو استهلك الخل الذي جعله خلا بالقاء الملح فيه قوله وهو على اصله

حشـ
البيت لابي ذويب العذلي
وما قبل البيت فتلك
التي لا يبرح القلب
حبها ولا ذكرها ما
ان ارتمت ام حائل
وارتمت حنت
والحائل ولدها يقال
لولد الناقة اول ما تضع
ان كان انثى حائل
وان كان ذكرا سقب
ه

لس

ليس باستهلاك اي دليل الحل بالخل خلط الجنس بالجنس لان خلط الجنس بالجنس
على اصل محمد ليس باستهلاك وفيه خلاف ذكرته في اول كتاب الوديعة
قوله وعند ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه اي
الخل للغاصب فيما اذا صار خلا من ساعته او بعد زمان لان
الخلط استهلاك ... ولا ضمان في الاستهلاك اي في استهلاك الخمر
بخلط الخل لان خمر المسلم لا يضمن وانما قلنا ان هذا الخلط
استهلاك لانه لا يمكن الوصول الى عين حقه قوله في الوجه الاول اي
فيما اذا صار خلا من ساعته قوله في الوجه الثاني وهو ما اذا صار
خلا بعد زمان قوله حوا بالكتاب اي كتاب الجامع الصغير قوله
في الوجوه كلها اي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل بغير شيء والتخليل
بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيه قوله وعند كثير من المشايخ اقوال
المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهي فيعلم انواعها مما ذكرنا قبل
هذا ان شاء الله تعالى قوله قال ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا
طبلان
او مزمارا او دفا الى اخره اي قال في الجامع الصغير وصورتها
في باب الغصب محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل المسلم يكسر للرجل
المسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا قال هو ضامن ...
كله جائز وقال ابو يوسف ومحمد ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجوز بيعه
وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل المسلم يهريق المنصف
للمسلم او يهريق السكر قال هو ضامن وقال بيعه جائز وقال
يعقوب ومحمد ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجوز بيعه الى هنا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير وهنا فصلان فصل الكسر وفصل
الاراقة اما مسئلة الكسر فهي مسئلة كتاب الجامع الصغير واما التي
في كتاب المناسك ... مسئلة البربط لا غير كذا ذكره فخر الاسلام البزدوي
وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال ابو حنيفة اذا كسر
رجل على رجل بربطا او طبلا ضمن قيمته خشبا منحوتا وقال
في المنتقى عن ابي حنيفة يضمن قيمته خشبا ...
... وقال لا ... عليه ... لفظ القدوري وقال الفقيه ابو الليث
كانوا يقولون ... قول ابي حنيفة انه يضمن قيمته ان لو اشترى
لشيء آخر سوى اللهو فينظر لو ان انسانا اراد ان يشتري ليجعله
وعاء للملح او غير ذلك كم يشترى فيضمن قيمته بذلك المقدار وقال
فخر الدين قاضي خان على قول ابي حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية

يعني الدف فلهذا يضمنه دون الوصف الذي يصلح للهو ويضمنه
قصعة يجعل فيها الثريد وكذلك قال الامام العتابي في شرح
الجامع الصغير ولو كان طبل الحاج او طبل الصيد او دف
يلعب به الصبيه في البيت يضمن بالاتفاق وجه قولهما وهو
الاستحسان ان هذه الاشيا اعدت للمعصية حتى صارت لا تستعمل
بغير ذلك غالبا فصار غيره كالمعدوم ولان فعل الاتلاف نهيا عن المنكر
فلم يتعلق به الضمان لانه باذن الشرع كاراقة الخمر وكالتعزير
ولهما قولان في حسمه وهو القياس ان هذه الاشيا اموال متقومة
لان الانتفاع بها ليست محرمة لانها تصلح للانتفاع بها لغير اللهو والمعصية
ولكنها اعدت للهو مع صلاحيتها لغيره فلم تنتف المالية كالامة
المغنية والحمامة الطيارة والكبش النطوح يضمنها متلفها شرعا
فلم يصح تنافيها عليها ولما كانت اموالا في القياس صح بيعها وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي يوسف انه حكي
عن رجل ان رجلا صنع اليه في طنبور فلم يلتفت اليه حتى قام
عنه قال ابو يوسف لو كنت انا قاضيا ما حكمت فيها بشي وهو بلد
احوجني اليه لانكرته وعزرته ولو كانت خصومته بالرجوع
كثيرا ولان الطبل الضارب الذي كسر آخر وعزرته الاخر
وروي عن عبد الله بن عمر انه راى في يد بعض الناس شيئا من المعازف
فكسره على راسه ثم قال الفقيه ابو الليث وهذا الذي حكي عن ابي يوسف فيما
قالا لانه لا ضمان عليه في الدف والطبل اذا كان للهو واما اذا كان
طبل الغزاة او صيادين فيضمن ويكون الدف اذا لم يكن للهو
فيضمن اذا كان مثل ذلك يكون ضربه في العرس واما الفصل
الفصل الثاني وهو فصل الاراقة فوجه قولهما ما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه اذا حرمت
سقط التقوم كما في الخمر لانه لو جاز بيعها ادى الى ابطالها لاعاد
ووجه قوله في حسنه ان اعيان هذه الاشيا منتفع بها وقد
اختلفت الاخبار في حلها وروي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب
وذكر ذلك ان ذنب يوجب التحريم فعلنا بالتحريم احتياطا وفي
الاحتياط ان لا يسقط ماليتها ولا يحرم بيعها لذلك قال في الاسلام
ولان العلما اختلفوا في حرمتها لاختلاف الاثار فعلى قول بشر

ومن باعه كما شربها فاخذها بالاحتياط فعلنا بانه لا يكون لها
اما التقوم والمالية كان ثابتا فلا يزول بالشك وبقول الرجي من حنيفة
الاشيا عرفت بالراي والاجتهاد وباخبار الاحاد فيعضد حرمته
من حرمة الخمر فلاجل الحرمة حرمنا الشرب ولعضوب الحرمة
جوزنا البيع وبه يكون بيع الخمر ولا يجوز اكله الا ترى ان الفارة اذا
وقعت في زيت وماتت فيه يكون بيعه ولا يكون اكله وشربه ويكون
بيع السرقين ولا يكون اكله والحد الذي احتجا به وارد في الخمر
لا في غيرها وبه صرح في كتاب الاباد وهذه الاشيا لغير الخمر
قال اصحابنا المنصف هو الذي ذهب نصفه بالطبخ والسكر بفتحتين
هو الني من ما الرطب والباذق هو المطبوخ ادنى طبخة فعن
ابي حنيفة في بيع ذلك وضمانه الاتلاف فيه روايتان كذا قال في الاسلام
وغيره قوله ولا يضمنه اذا فعلها باذن الامام اي اذا كسر الدف
او الطبل الذي للهو باذن الامام لا يضمن بالاتفاق قال ابو الليث في
اخر كتاب الشير من فتاواه رجل له خمر يشق رجل زقه و
اهراقه الخمر على سبيل الحسبة لا يضمن الخمر ويضمن الزق الا ان الخمر ليس
لمعقوم والزق متقوم الا ان يفعل ذلك امام يرى ذلك فحينئذ لا شي
عليه لانه مختلف فيه ويظهر هذا الذمي اذا اظهر بيع الخمر والخنزير
في دار الاسلام فيمنع فان اراقه رجل او قتل خنزيره يضمن الا ان
يكون اماما يرى ذلك فلا يضمن لانه مختلف فيه وقال في الفتاوى
الصغرى في اخر كتاب الجنايات يكسر دنان الخمر ان كان باذن الامام
لا يضمن وان لا يضمن هكذا حكاه عن السير الكبير في ادب القاضي في باب
العدوي وذكر الصدر الشهيد في باب العدوي من ادب القاضي
رواية عن اصحابنا انه يهدم البيت على من اعتاد الفسوق وانواع
الفساد حتى قالوا ايضا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل
يراق العصير ايضا قبل ان يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد ايضا
الفسق قوله والامر بالمعروف باليد الى الامراء هذا متعلق بقوله
كما اذا فعله باذن الامام يعني لما كان الامر بالمعروف باليد للامراء
لم يلزم الضمان على الكاسر بادنهم والاصل في ذلك ما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال من راى منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه
فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان فالاول للامراء والثاني للعلماء
والثالث للعوام قوله وان كان لم يفعل جاز يعني انما يلزمه الضمان بكسر

والموضع الفضة لانا نقول لان المسلم ممنوع من ذلك ولكن لو اخذ
المسلم جاز لعدم سقوط التقوم والمالية قوله وهذا بخلاف
ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا اي هذا
الذي ذكرنا في ضمان البربط والطبل والدف يكون ضمان قيمتها
كحب عنبر خال لهذه الاشياء بخلاف صليب النصراني حيث يضمن قيمته صليبا
قال القدوري في شرح مختصر الكرخي فلو اتلف صليبا على نصراني
ضمن قيمته صليبا لانا امرنا ان نتركهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي هم
يقرون عليها بخلاف [illegible] ان الذمي ممنوع من كل شيء يمنع منه اهل
الاسلام [illegible] الخنزير الا ما استثنيناه بالامان وقال القدوري ايضا
في شرحه قال محمد اذا احرق لرجل بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة
ضمنه قيمته غير منقوش فاذا كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل عمل ذلك
ضمن قيمته منقوشا وذلك لان نقش التماثيل معصية فلا يكون له
تقوم في الضمان كما لا يتقوم الغناء في الجارية المغنية فاذا قطع
رؤوس التماثيل لم يكن نقش محرم ممنوع منه فيتقوم على الغاصب وقال
فيمن احرق بساطا فيه تصاوير رجال ضمن قيمته مصورا لان التماثيل
في البساط ليست محرمة لان البساط يوطأ فاذا لم يكن محرما ضمنها وقال
فيمن هدم بيتا مصورا بالاصباغ فيه تماثيل ضمنه قيمة البيت وصباغه
غير مصور لان التماثيل في البيت منهي عنها كذا ذكر القدوري في شرحه
والصليب شيء معلق يعبده النصارى قوله قال ومن غصب ام ولد
او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة ام الولد عند
ابي حنيفة وقالا يضمن قيمتها اي قال في الجامع الصغير وصورتها في
شرح الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل غصب ام ولد
رجل فماتت في يده قال لا ضمان عليه وان غصب مدبرة له فماتت
فهو ضامن لقيمتها وقال ابو يوسف ومحمد يضمن ام الولد كما يضمن المدبر
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهي من الخواص وقال عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل باع ام ولد لرجل ودفعه [illegible] فماتت في يد
المشتري قال لا ضمان عليه وقال ابو يوسف ومحمد يضمن قيمتها [illegible]
في الغصب والبيع الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهي من الخواص
الفاذة قوله في الغصب ان المولى يملك من ام ولده [illegible]
ما يملك من مدبرته من الاستخدام والاستمتاع ويكون [illegible] حكم المدبرة في الضمان
بالغصب فكذا ام الولد [illegible] وجه قول ابي حنيفة ان ام الولد

ليست

ليست بمال ولهذا تعتق من جميع المال ولا تسعى لغرماء ولا لوارث
فلما لم تكن مالا [illegible] الغاصب يستهلك المنافع وباستهلاك المنافع
لا يجب الضمان عندنا بخلاف المدبرة فانها مال ولهذا تعتق من
الثلث وتسعى لغرماء وكذا للورثة ووجه قولهما في البيع ان المشتري
اخذها لنفسه على انه عقد فاسد فصار كمن اشترى شيئا شراء فاسدا
فهلك في يده يضمن فكذا هنا ووجه قول ابي حنيفة في البيع في ام الولد
ظاهر لما علمنا في الغصب واما المدبرة فلا يكون مضمونة عند
المشتري ايضا لانه اخذها باذن البائع لا على وجه البيع فصارت
امانة في يده الا ترى انه لو حلف لا يبيع شيئا فباع المدبرة او ام الولد
لا يحنث لانه لم يكن بيعا فبقي الاخذ باذن البائع فصار
كالوديعة ومسئلة بيع ام الولد والمدبرة مر بيانها مرة في باب
البيع الفاسد قوله والزوائد ذكرناها في كتاب العتاق مر بيانها في اخر
باب العبد يعتق بعضه وهي ان التقوم يبنى على الاحراز
وام الولد لا تحرز احراز الاموال بل تحرز احراز المنكوحات والباقي
[illegible] والله اعلم كتاب الشفعة ذكر كتاب الشفعة
بعد كتاب الغصب لمناسبة بينهما لان كل واحد منهما تملك مال الانسان
بغير رضاه وقدمها ان الشفعة مشروع والغصب ليس بمشروع بل هو
عدوان محض وكان القياس ان تقدم كتاب الشفعة لمشروعيتها لكن
قدم الغصب لكثرة الحاجة الى معرفته لانه يقع كثيرا في المعاملات
كالبياعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات ونحوها
لا سيما هذا الزمان فانه زمان الظلم والحيف والتعدي فما احد
من ذلك والظلم في خلق النفوس فان تجد ذا عفة فلعله لا يظلم
ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار وسميت بذلك
لانها اخذ من الشفع الذي هو ضد الوتر وهو الضم سمي الشيء الاخر
ان الشفيع وهو الذي له حق الشفعة يضم بها ملك جاره الى ملك
نفسه والشفاعة سميت بذلك لانها ضم المشفوع له الى اهل الثواب
وسبب الشفعة اتصال الاملاك الشركة في البقعة والشركة في الحقوق
والجوار على سبيل الملاصقة [illegible]
الخلاف ان شاء الله تعالى عقيب هذا قوله قال الشفعة واجبة للخليط
في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار
اي قال القدوري في مختصره وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره

الشفعة تجب عند اصحابنا جميعا بسبب الشركة فيما وقع عليه
عقد البيع او بالشركة في حقوقه وبالجوار الاقرب فالاقرب وتفسيره
دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هو مفرد
لبعضهم وساحة الدار من جماعتهم يطرقون منها وهم
فيها وباب الدار التي فيها المنازل واحد فاذا باع بعض
الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه او من رجل اجنبي فشريكه من
الطريق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل احق بالشفعة وان سلم
الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق والذي في فضله الذي لم يسلم
فانه احق بالشفعة من الجار الملاصق وجميع اهل الزقاق
الذين طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان منهم في ادناه واقصاه في ذلك سواء
فان سلم الشركاء في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق
بعدهم احق بالشفعة من الجيران فالشفعة لمن كان
طريقه في الزقاق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وزفر ومحمد والحسن
والحسن بن زياد وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا ابا يوسف
قال قال بعض اصحابنا لا شفعة الا للشريك الذي لم يقاسم نصيبه وقال غيرهم
للجار الشفعة الى هنا لفظ الكرخي في مختصره ثم قال الكرخي حدثنا
ابو يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعي قال الشفعة
والشفعة للجيران فالاقرب فالاقرب بالابواب
وقال ابو حنيفة فاما الجار الذي له الشفعة الملاصق كذا ذكر
الكرخي وقال اهل المدينة مالك بن سعد ربيعة بن
ابي عبد الرحمن ومالك بن انس لا شفعة بالجوار وبه يقول الشافعي واحمد
واسحق وقد ذهب سفيان الثوري وابن المبارك الى ان الجار
له شفعة كذا ذكر الترمذي في جامعه في الحديث حجة مالك ومن
ان لا شفعة بالجوار ما روي مسندا في صحيح البخاري وغيره الى جابر بن
عبد الله قال قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان الشفعة
ثبتت بخلاف القياس لان تملك مال الغير بغير رضاه فيقتصر
على مورد النص وهو ما لم يقسم ولانه شرع لدفع ضرر مؤنة
القسمة لانه يحتاج الى ان يدفع عن نصيبه ضرر القسمة ولا علة
ولنا لا يملك عليه وهذا المعنى لا يصح في الجار ولنا ما روى صاحب السنن
باسناده الى عمرو بن الشريد انه سمع ابا رافع سمع النبي صلى الله عليه وسلم
يقول

حاشية: ابو رافع اسمه اسلم ويقال هو
مولى النبي صلى الله عليه وسلم
ذكره مسلم والكرخي

الجار احق بسقبه وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى قتادة عن الحسن
عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال جار الدار احق بدار الجار او الارض
وروى ابو علي الموصلي باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم جار الدار احق بالدار وروى ابو داود ايضا في السنن مسندا
الى عطاء عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما
واحدا وحدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى سعيد بن ابي عروبة
عن قتادة عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جار الدار احق بالدار
وحدث الطحاوي باسناده الى قتادة عن الحسن عن سمرة بن
جندب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جار الدار احق بشفعة
الدار وقال الكرخي في مختصره روى ابو يوسف عن اشعث بن سوار عن محمد بن
عن شريح انه قال الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار
والجار احق من غيره وقال ابو يوسف تفسير هذا عندنا ان الشريك الذي
لم يقاسم هو الخليط وهو احق من الشفيع والشفيع الشريك في
الطريق والمنازل مقسومة والجار الذي ليس له في المنزل ولا طريق
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وذكر ما روى ابن سماعة عن محمد عن عمر
عن شريح ان الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار احق من
غيره على ما اخبرتك به اتفق ابو يوسف ومحمد على تفسير الحديث على ما
روي عن ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي والمعنى المعقول
في المسألة ان علة استحقاق الشفعة في الشركة وجوده في الجار وهو
دفع ضرر الدخيل فشاركه في استحقاق الشفعة لان المشاركة في السبب
توجب المشاركة في الحكم وبيانه انه الاتصال في الملكين على وجه التأبيد
والقرار مما لا يعرى عن الضرر فربما يكون صاحبه يؤذي
صاحبه باللسان واليد بسوء الصحبة وقبح المعاشرة وهو امر
معلوم لا يخفى عنه المناكرة ولا على وجه المكابرة فشرع استحقاق
الشفعة للشريك دفعا لضرر الدخيل وهذا المعنى بعينه في الضرر
موجود في حق الجار الملازق ايضا فيثبت له الشفعة قياسا على الشريك
فان قلت ضرر الدخيل موهوم ربما يكون وربما لا يكون والظاهر
انه لا يكون لانه مسلم حينئذ عاقل وعقله ودينه يمنعانه عن اضرار
الغير وضرر المشتري وهو اخذ الملك منه بلا رضاه متحقق فكيف يجوز
الحاق الضرر المتحقق لدفع ضرر موهوم ولو كان ضرر الدخيل موجودا
لا موهوما

فيمكن دفعه بالمرافعة الى السلطان او بالمقابلة قلنا لا نسلم ان ضرر
الدخيل من حيث هو ظاهر غالبا لان الانسان لا يملكه الا بشفاع يملكه
حده عمره ولا بيتا ذي من جاره مما احسن من مالكم ... سلموا
لم نؤذهم شيئا وبانى احدا ابوذهم تبرز ولئن سلمنا انه من حيث هو
متعول بدفع الضرر لمن هو يحيل توصل لانه اذا نزل ربما
يمكن دفعه وربما لا يمكن فلا ما كان الان في الاشتغال بالدفع وقوله
ضرر المشتري متحقق بلماذا بعد ذلك من باب الاضرار وان الشريك
غيره احق منه فمن تقدم الشفيع باخذ كان العقد وقع معه
ولئن سلمنا ان ضرر المشتري متحقق فيتحمل ضرره دون ضرر الشفيع ويتحمل
الضرر الادنى لدفع الضرر الاعلى لان ضرر الدخيل لا يزال الا بالملك عليه
مما يأخذ عليه من الثمن بلا رضاه وهو ما صح الجوار وما شكل الدار
والشفيع فمن يشكل الدار ومع الجدار ولو بشبك الضعف ربما يحتاج
الى مفارقته ودلنا عن ابانه احترازا عن ضرر الدخيل بعد مع ...
عاند الشفقة وقوله يمكن دفعه بالمرافعة الى السلطان او بالمقابلة
قلنا الضرر الذي يلحقه من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن
لا يمكن رفع ذلك الى السلطان ومنه حرج ولان الضرر الذي يلحقه
على باب السلطان وضرر المقابلة فوق ضرر سوء الصحبة
المعاملة من الدخيل فلا يجوز تحمل الضرر الاعلى لدفع الادنى وان ذلك
العلة في استحقاق الشركة دفع ضرر المقاسمة فلا يتحقق هذا المعنى الشفعة
في الجار فلا يثبت له الشفعة قلنا المقاسمة حق مستحق على الشريك
فلا يكون ايفاء الحقوق المستحق من باب الضرر ولو كان ضررا لم
يكن مشروعا بل هو نفع محض لانه جمع الانصباء ما يملك المملوك
بالارث والهبة والوصية لا يثبت الشفعة فينتقض على الكل قلت
انما لا يثبت في هذه الصور لوجهين احدهما ان هذه الاسباب لا يكثر
وجودها فلا حاجة الى اثبات الشفعة لدفع الضرر الحاصل بها
بخلاف البيع فانه يكثر وجوده والثاني لو ثبت الشفعة فيها فاما
ان يثبت بعوض او لا بعوض والثاني ليس بمشروع في الشفعة والاول
لا يمكن لان حق الشفعة انما ثبت شرعا بالتملك بمثل الثمن الذي اشترى
او بقيمته كما اذا اشترى دارا بعبد باخذها بقيمة العبد وفي هذه
المواضع لم يملك الدار بثمن ليأخذها به او بقيمته والاول اي الخلطة
سبب الشفعة بالاتفاق وفي هذا لا يثبت الشفعة بالخلط بهذه الاسباب

والجواب

بالمية
وعشرون

والجواب عن حديث الخصم فنقول روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
في كل ما لم يقسم يدل على ان الشفعة متحققة فيما لم يقسم ونحن نقول
بموجب ذلك وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وقوله فاذا وقعت وقوله
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة من كلام الراوي فلا يكون حجة
للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاخبار
بثبوت الشفعة للجار ولو كان ذلك من كلام النبي صلى الله عليه وسلم
لقال جابر قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم
وقال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولئن صح انه من
كلام النبي صلى الله عليه وسلم فمعناه لا شفعة بسبب القسمة
بل هي كالبيع وانما قال هذا دفعا لوهم متوهم ان القسمة لما كان
فيها معنى التمليك من كل واحد من الشريكين للآخر ينبغي ان يثبت
فيها الشفعة فازال ذلك الوهم بهذا والجواب عن قوله ان حق
الشفعة ثبت خلاف القياس فنقول لا نسلم انه خلاف القياس لان
النص معلول بالاجماع فعندنا العلة دفع ضرر الجوار بالاتصال
الملكي على الدوام وعند الخصم العلة دفع ضرر مؤنة القسمة
ولئن سلم انه خلاف القياس فنقول ثبت الشفعة في المتنازع فيه
بالاخبار الصحاح التي ذكرناها لا بالقياس فلا يقال واما قوله الجار
محرز عن ملك البائع فلا يثبت له الشفعة كالجار المحاذي قلنا لا نسلم
ان ملكه محرز لان بينهما اشتراكا في الحائط وفي جزء من الارض
وهو الجدار الفاصل بين الملكين والمعنى في الاصل ان كل واحد منهما
ليس بمتصل بالآخر وليس بينهما اشتراك في جزء بخلاف الفرع
اي الجار المحاذي لا يتأذى به على وجه الدوام بخلاف
الفرع وقوله الشفعة واجبة للخليط اي ثابتة ولم يرد به الوجوب
المصطلح الذي يلزم من تركه الاثم والخليط الشريك من الخلطة
وهي الشركة لقوله تعالى خالطه اي شاركه **قوله** ولقوله صلى الله عليه وسلم
الجار احق بسقبه والسقب القرب والمراد منه الشفعة
ويجوز كتابته بالسين والصاد جميعا كالصراط يقال دار فلان
بسقب دار فلان اي بقرب منها وابيات القوم متقاربة
اي متقاربة وسقيفة الدار وسقيفة البيان لغتان وصحتها
والمنزل سقفت وسقفت كذا في الجمهرة **قوله** في الاصل
اي فيما لم يقسم اذ الفرع اي في الجوار **قوله** ولان ملكه متصل

اي المعنى المقابل

لكن الوصل الحاصل لان ذلك الجدار متصل بما ملكه المشتري لا بسراية ملكه
دخلا لا يدليس باصبعه في الجوار والاصل هو الجار قوله اعتبارا
بمورد الشرع اراد به ما لم يقسم قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة
لتحقق ضرر غيره وهذا جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل
دون الفرع يعني ان التعليل به لا يصح لانه لا يعتبر ضررا لكون
القسمة مشروعة فلا يحمل ضرر الغير الذي هو المسمى بالتملك عليه
بلا رضاه لدفع ضرر القسمة لانه ليس بضرر بل العلة هي دفع
ضرر الجوار على الدوام قوله واما الترتيب
فيعطف على قوله اما الثبوت يعني ان لفظ القدوري دل على شيئين
ثبوت الشفعة والترتيب اما ثبوتها فيما مر حادث ما ذكره واما الترتيب
فلما روى ابو يوسف بنفسه بسنده عن محمد بن سيرين عن شريح
انه قال الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار احق
من غيره واراد بالخليط الشريك الذي لم يقاسم وبالشفيع الشريك
في الطريق وقد مر قبل هذا قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم
الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع وبهذا اللفظ ليس
الحديث بمعروف ظاهر ان الشريك من كان شريكا في نفس المبيع
والخليط من كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء قال الطحاوي
في شرح الآثار فان قال قائل فجعلت هؤلاء الثلاثة شفعاء بالاسباب
التي ذكرت فلم جعلت الشريك اولى من الشريك في الطريق ثم الجار لان م
قيل له الشريك له شركة في الطريق وفي الدار بنفسه وليس لصاحب
الطريق حق في الدار فلهذا صار هو اولى وكذلك لصاحب الطريق حق
في الطريق ليس للجار ذلك فلهذا صار هو اولى من الجار وقال القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي وقد قالوا في الشريك اذا سلم الشفعة وجبت
للشريك في الطريق فان سلمها وجبت للجار وروي عن ابي يوسف ان
الشفعاء اذا اجتمعوا فسلم الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره ووجه
قولهم المشهور ان السبب الذي يتعلق به حق كل واحد منهم موجود عند
عقد البيع وانما يتقدم حق بعضهم لتأكد حقه فاذا اسقط حقه
كان لغيره ان يستوفي كغريم الصحة وغريم المرض والدين الذي
به رهن والدين الذي لا رهن به اذا اسقط المرتهن حقه ووجه ابي يوسف
ان عقد البيع وقع غير موجب للشفعة للجار الا ترى انه لا يملك
المطالبة بها فلا تثبت خفية الا بتجديد بيع آخر واصله
اذا استحق بالجوار

قوله ولان

قوله ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة يصلح مرجحا اي لان ضرر القسمة
ان لم يصلح علة لاستحقاق الشفعة لان القسمة امر مشروع يصلح
مرجحا ومعناه ان ما لا يصلح علة لا يلزم ان لا يصلح للترجيح
لان الترجيح انما يكون ايضا بزيادة وصف لا يصلح علة فلهذا
كان الشريك في نفس المبيع وهو الشريك الذي لم يقاسم اولى من غيره
كالاخ لاب وام يترجح على الاخ لاب في الميراث بالعصوبة لان
كانت العصوبة لا تحق بالام قوله ثم الشريك في الطريق
والشرب ثم الجار يشفعه مع الخليط في الرقبة اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان الشريك في نفس المبيع اولى باستحقاق الشفعة
وانما قدم على غيره من الشفعاء لقوته وقد مر بيان ذلك عند بيان
ترتيب الشفعاء قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق
فان سلم اخذها الجار اي قال القدوري في مختصره فان سلم الخليط
في الرقبة وهو الشريك في نفس المبيع فحينئذ يظهر حق الشريك في الطريق
فيكون الشفعة له فان سلم هو ايضا فالشفعة للجار الملاصق والمراد بالجار
للجار الملازق خلافا لما روي عن شريح وقد مر بيانه وقال في خلاصة
الفتاوى يثبت الشفعة بجوار دار الوقف وفي الواقعات لا شفعة
بعلة انه ليس لرجل ارض هي وقف عليه فاشترى رجل ارضا
الى جنبها ليس لصاحب الارض الموقوفة عليه شفعة لان الشفعة
تكون للملك ولا ملك له قوله وعن ابي يوسف انه مع وجود الشريك في الرقبة
لا شفعة لغيره سلم او استوفى وقد مر بيانه قبل هذا قوله
وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار اي الشريك
في الجدار مع ارضه مقدم على الجار في المنزل وعلى الجار في بقية الدار
في اصح الروايتين عن ابي يوسف وفي الرواية الاخرى عنه هو كالجار
وانما قلنا مع ارضه لان الشركة في البناء المجرد لا توجب الشفعة
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو يوسف في دار بين رجلين
وليس لكل واحد منهما طريق فباع احدهما نصيبه من غير شريكه في الدار فان حق من الدار م
بالشفعة في ذلك للشفيع لصاحب الطريق قال وكذلك دار
بين رجلين لاحدهما حائط في الدار بينه وبين رجل يعني بارضه
فباع الذي ليس له شركة في الحائط نصيبه من الدار والحائط فان الشريك
احق بشفعة الدار والشفعة للشريك في الحائط في الدار وله الشفعة
في الحائط وارضه وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بئر في الدار

بينه وبين جار ملاصق فباع الذي له الشركة في البئر نصيبه من الدار
والبئر فالشريك في البئر احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك
في الشرب الدار بل له شفعة في البئر **قوله** ثم لا بد ان يكون الطريق
او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص حتى
ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن
وما تجري فيه عام وهو قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف
الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك
فهو عام قال الكرخي في مختصره قال هشام عن ابي يوسف الخاص
ان يكون نهرا كان عليه العشرة يسقى البساتين او الثلاث
او نسقي قطعتين او ثلاثا او نحو ذلك فصاحبها احق ... البستان
الذي له الشرب في الساقية احق بما يبيع من الحائط الذي ليس له شرب في الساقية
فان ترك صاحب الساقية شفعته فللجار ان يطلب الشفعة قال ابو يوسف
النهر ليس في الارض التي تشرب منه من العظيم شفعة ثم جعل ابو يوسف
العظيم مثل الساقية بين القوم ثم قال فيه وقال هشام سألت
محمدا عن النهر الذي تجري فيه السفن لا يكون للذين على النهر لا تجري
الشفعة فيما يبيع من كرم النهر قال نعم قال محمد ولكن ليس لهم شفعة
بهذا النهر في الارضين التي تشرب منه وهذا النهر هذا بمنزلة الطريق
النافذ قال ايضا ما لا تجري فيه السفن فانه بمنزلة الطريق غير
النافذ فهم شفعاء بالانهار في الارضين التي تشرب من النهر وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه
اجرى محمد الحكم على جريان السفن لان ما يجري فيه السفن في حكم العظيم
فهو كالدجلة والفرات وما لا تجري فيه السفن في حكم الصغير فهو
كالرستاق الذي يشقه وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي لو ان
نهرا يسقى منه اراض معدودة وكروم معدودة فبيعت ارض
من ذلك او كرم منها فهم شفعاء فيها لانهم كلهم خلطاء فيها ولو كان النهر
عاما فان الشفعة للجار الملاصق والحد الفاصل بين الخاص
والعام لم يقدره بعضهم بالاحصاء فان كانوا ممن يحصون فهو خاص
وان كانوا اكثر من ذلك فهو عام وقال بعضهم ان كانوا دون المائة
فهو خاص وان كانوا اكثر من ذلك فهو عام وقال بعضهم ذلك موكول الى فهو عام
راي القاضي فان رآه خاصا قضى لاهله بالشفعة وان رآه عاما قضى
للجار الملاصق بالشفعة الى هنا لفظ شرح الطحاوي وفي الفراح الارض

البارزه

البارزه التي لم تملك بها شي وان لم الفراح الذي لا يملك شي
كذا في تهذيب الديوان **قوله** فان كانت سكة غير نافذة تتشعب
منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها
الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل
السكتين ذكرها تفريعا على مسئلة العدودي قال الكرخي ما ذكرنا
وهو ان حق المرور لاهل السفلى خاصة في الصورة الاولى
وفي الثانية حق المرور لاهل السكتين جميعا فكانوا سواء في الشفعة
قال صاحب الهداية ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر اصغر منه
فهو على قياس الطريق فيما بيناه اي في استحقاق الشفعة بيانه ما ذكر
القدوري في شرح الكرخي اذا انشعب منه نهر آخر فبيعت ارض شربها
من النهر المنازع فاهل النهر النازع احق بالشفعة من اهل
النهر الكبير لانهم يختصون بشرب النهر النازع فان بيعت ارض
على النهر الكبير كان لاهله واهل النهر النازع سواء في الشفعة
لانهم تساووا في استحقاق الشرب بالشركة في عموم النهر **قوله**
ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وقال هشام سألت محمدا عن
حائط بين دارين عليه خشب لصاحب هذه الدار ولصاحب الدار الاخرى
فبيعت احدى الدارين فجاء صاحب الحائط يدعي الشفعة وجاء الجار يدعيها
ولا نعلم ان الحائط بينهما الا بالخشب الذي عليه فقال محمد ان اقام
المدعي للشفعة البينة ان الحائط بينهما فان اقام بينة فهو احق
به من الجار وانه شريك وان لم يقم بينة لم اجعله شريكا الى هنا لفظ
الكرخي وذكر ان استحقاق الحائط بالخشب كان في الملك والشفعة لا تستحق
بالظاهر **قوله** فان الشريك في الخشبة يكون على حائط الدار جار
اي قال في شرح الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه قال الشريك في الطريق احق بالشفعة
من الجار فاما الشريك بالخشبة تكون له على حائط الرجل فانه هو
جاره الى هنا لفظ محمد وذكر انه لا يكون بوضع الخشب شريكا في
شيء من الدار وانما له حق الشفعة بكونه جارا ملازقا فكان من جملة
بقية الشركاء في الطريق **قوله** فان نزلوا جميع الفقهاء
فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك اي قال
القدوري في مختصره قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرحه وهو احد قولي
الشافعي

وقال في قول آخر انها على قدر الانصباء وهو قول الشافعي في الجديد وعلى
الحصص كذا في وجيزهم وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك والشفعة على قدر
الانصباء وليست على عدد الرؤوس وعن احمد روايتان واعتمد الخرقي
على عدد السهام وقال الامام المحبوبي في شرح الطحاوي والشفعة
على عدد رؤوسهم لا على مقادير الانصباء وصورة المسألة دار بين ثلاثة
نفر لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب
النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة يقضي القاضي بها بينهما نصفين
عندنا وعنده يقضي بها اثلاثا ثلثاها لصاحب الثلث وثلثها
لصاحب السدس على مقادير انصبائهما ولو ان دارا بيعت ولها
شفيعان جاران جوار احدهما ثلاثة ارباع الدار وجوار الآخر ربعها
او جار احدهما في غير شيء من الدار وطلبا جميعا الشفعة يقضي
بها نصفين بعدد الرؤوس لا بحسب الشفعة لما ذكرنا ولو حضر احد الشفعاء
اولا واثبت شفعته فان القاضي يقضي له بجميع الدار بجميع الشفعة
ثم اذا حضر شفيع آخر واثبت شفعته فانه ينظر ان كان الثاني
مثل الاول يقضي له بنصف الدار وان كان الثاني اولى من الاول بان كان
الاول جارا وهذا خليط فان القاضي يبطل شفعة الاول
ويقضي بجميع الدار للثاني وان كان الثاني ادنى من الاول بان كان
الاول جارا وهذا خليط فان القاضي يبطل شفعة الاول ويقضي
بجميع الدار للثاني وان كان الثاني دون الاول في الشفعة فان القاضي
لا يقضي للثاني بالشفعة وكذلك حكم الشركاء لو ان رجلا اشترى دارا
وهو شفيعها ثم جاء شفيع مثله يقضي القاضي له بنصفها فان جاء
شفيع آخر اولى منه فان القاضي يقضي له بجميع الدار فان كان شفيع
دونه فلا شفعة له هكذا في شرح الطحاوي وجه قول الخصم ان الشفعة
حق من حقوق الملك ومرفق من مرافقه لان الشرع اثبت للشفيع
الملك فوجب ان يتقدر بقدر الملك كالكسب والغلة والثمرة والولد
والشرب والطريق وانما قلنا انه حق من حقوق الملك ومرفق من مرافقه
لان الشرع اثبت للشفيع حق الاخذ ليتمكن من الانتفاع بملكه على سبيل
الكمال وما يرجع الى تكميل المنفعة فهو من حقوق الملك ومن مرافقه بخلاف
ما اذا كان الشفيع واحدا وهو صاحب قليل حيث لا يتقدر بقدر
نصيبه بل يأخذ الكل لان الشرع اثبت له حق الاخذ لدفع الضرر
عن نفسه وفي ما لم يثبت حق الاخذ في الكل لا يندفع الضرر

ثم يحصل المقصود فاذا آل الامر الى الحكم من الشفعة استحقاقها ثبت
بقدر الملك وجاز ظهور التفاوت في الاستحقاق عند الاجتماع وان
لم يكن عند الانفراد كالبنوة سبب لاستحقاق كل الميراث عند الانفراد
وليس به عند الاجتماع وكالفارس والراجل في استحقاق الغنيمة
فانه عند الانفراد يستحق كل واحد تمام اربعة اخماس الغنيمة وعند الاجتماع
يكون نصيب الفارس اكثر وسبب استحقاق الغنيمة هو الاستيلاء والقهر
وكذلك العبد اذا قتل انسانا خطأ او فقأ عين آخر ثم وقع الدفع به
يدفع اليهما اثلاثا وعند الانفراد يستحق كل واحد منهما جميع العبد
ولنا ان التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق
والشركاء قد تساووا في السبب فيستوون في الاستحقاق كما اذا تساوت
الانصباء لان الحكم يتبع وجود السبب وانما قلنا انهم تساووا في السبب
لان سبب استحقاق الشفعة في كل المبيع اصل الاتصال بين الملكين
وان قل بدلالة المعقول والحكم اما الحكم فان الدار اذا كانت بين اثنين
لاحدهما عشرها وللآخر تسعة اعشارها فباع صاحب الكثير نصيبه
من اجنبي فلصاحب القليل ان يأخذ كل الدار بالشفعة بالاجماع واما
المعقول فلان الاتصال بين الملكين انما صار سببا لاستحقاق الشفعة
لدفع ضرر الدخيل بسوء الصحبة والاذى بالمجاورة وهذا المعنى يتحقق
في حق صاحب القليل كما في حق صاحب الكثير بل ضرر الدخيل في حق
صاحب القليل اكثر لان نصيب الدخيل اذا كان اكثر يكثر تصرفه
في ملكه ويكثر تعديه تصرفه في ملكه على وجه يتضرر به شريكه
واذا كان يقل نصيبه يقل تصرفه ويقل تعديه ضرر تصرفه فكان
اصل الاتصال في حق صاحب القليل في استحقاق الشفعة مثل
الاتصال في حق صاحب الكثير من هذا الوجه فيتساويان في
الاستحقاق وكثرة الاتصال زيادة في العلة والترجيح لا
يقع بكثرة في العلة بل بقوة فيها الا ترى ان احدا لو اقام شاهدين
والآخر اربعة لا يترجح صاحب الاربعة لانهما استويا في علة الثبوت
وقوله انه حق من حقوق الملك ومرفق من مرافقه قلنا ايش تعني
بهذا أتعني انه يتفرع عن الملك كالثمرة او يجب بسبب الملك
فالاول ممنوع لا يمكن القول به لانه يملك بسبب الشركة ولا يتولد
من ملكه والثاني مسلم ولكن لم قلت بان صاحب القليل مثل ما
يملك صاحب الكثير لانهما في سبب الاستحقاق سواء وقوله انه لتكميل المنفعة

قلنا بكمال المنفعة كما ان يكون راجعا الى عين المملوك وههنا حق
الاخذ في خلاف والمعنى في الاصل ان الولد والثمر متولد من الملك
فانقسم على قدر الملك والشفعة ليس كذلك بمعنى متساو فتعتبر فيه الكل
كالوصية للجيران صاحب النصيب القليل والكثير في الوصية سواء
كذا في مختصر الاسرار وغيره والجواب عما اذا كان الابن هو ابن اخ ان
الموجود في حق كل واحد منهما سبب استحقاق الكل الا انه لا يمكن
استحقاق الكل لكل واحد منهما على الكمال فيقسم بينهم وكذلك
نقول في دية المقتول خطأ والمفقوء عينه والجوارح في حيله
الفارس والراجل لانهما لم يتساويا في السبب وهو القهر والاستيلاء
لم يتساويا في الاستحقاق والباقي يعلم في شرح كبير بقية الحاكم
قوله فانه الربح في العلة يعني ان الشريكين اذا اشتريا ولم يشتركا
شيئا وقال احدهما خمسة وقال الاخر عشرة فحصل الربح كان الربح بينهما اثلاثا
الثلث لصاحب الخمسة والثلثان لصاحب العشرة لان الربح فرع المال وهنا
كذلك وكذلك غلة العقار المشترك بين اثنين اثلاثا يكون بينهما اثلاثا
وكذلك ولد الجارية المشتركة او البهيمة المشتركة يكون الملك فيه
لكل واحد بقدر الملك في الام وكذلك ثمر النخل المشترك قوله
ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم ذكرها
تفريعا على مسألة القدوري الى قوله فلم يسلم الحاضر بعوض فقضي له
بالجميع لا يأخذ الغائب الا النصف اما اذا اسقط بعضهم حقه
فانما كان الشفعة للباقين لان كل واحد منهم لو انفرد ثبت له حق
الاخذ بالجميع وانما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمة فاذا سقط المزاحم
بقي حقه في الجميع كما لو كان منفردا اذا تخاصموا في الشركة فاسقط بعضهم
حقه سلمت الشركة للباقين فهذا كما قلنا في القصاص اذا عفا
ولي احدهما فللاخر القصاص لان حقه ثبت في الجميع فكان اذا
ابرأ الاخر فكانه لم يكن وليس هذا كالعبد اذا قتل اثنين خطأ ثم
عفا ولي احدهما ان يكون الاخر يستحق حقه في نصف العبد ويقال
للمولى اما ان تدفع اليه نصف العبد او تفديه لان جنايته الخطأ اذا
تعلقت الجنايتان بالرقبة تعلقت بها فتثبت لكل واحد منهما
النصف فاذا سلم الاخر لم يتغير حق الباقي وليس كذلك الشفعة لانها
حق ليس كالتعلق بدم العبد لا مال فاذا كان للدار شفيعان فحضر
احدهما فحكم له بجميعها فان حكم له ثم جاء شفيع اخر اخذ منه نصف الدار

دارها بالبيع فله ان يأخذ حقه لو كان واحد بالشفعة في يوم حتى
يكون الدار بينهم اثلاثا على عددهم ولو كان الاخر الغائب يستحق
بالدار ولا يسقط بغيبته وانما قضي بها للحاضر لانه لا مزاحم له فاذا
حضر الغائب كان له ان يأخذ منه حقه حتى يأتي الى الحاضر فانه ان حضر
الغائب فقال انا اخذ النصف حيث يرى الحاضر انه احق بجميع
الدار انا اسلم لك الكل فاما ان يأخذ الكل واما ان يدع فله ان
يأخذ النصف وليس للذي كان حاضرا ان يلزمه اكثر من ذلك وذلك لان
حكم الحاكم للحاضر اسقاط الحق للغائب حق مقدار نصيب الحاضر
فاذا سقط حقه عن النصف لم يلزمه ان يأخذ الا ما تعلق حقه به
وليس كذلك اذا لم يحكم الحاكم فترك احدهما نصيبه كان الباقي
لم يسقط حق الاخر عما يتعلق به واذا سقطت المزاحمة بقي حقه في
الجميع فكانه لم يكن الا هو فلا يجوز له اخذ البعض وهذا كما قالوا
في رجلين ادعى كل واحد منهما دارا في يد رجل فاقام البينة انها له ثم
ابراه احدهما من الدعوى قبل الحكم قضى القاضي بجميع الدار للاخر
ولو حكم بالبينتين ثم ابرا احدهما من الدعوى لم يكن للاخر الا النصف
لان حكم الحاكم اسقاط حق كل واحد منهما عما قضى به للاخر كذا
ذكر الشيخ ابو الحسين القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قوله
قال والشفعة تجب بعقد البيع اي قال القدوري في مختصره وقال صاحب
الهداية ومعناه بعده لانه هو السبب ومعنى قوله تجب بعقد
البيع تجب الشفعة مختلطا لوجود البيع على انه الشرط لانه السبب
لوجوب الشفعة لان السبب هو اتصال الملكين لدفع ضرر الدخيل بسوء
الصحبة واذى المجاورة على ما قدمناه قبل هذا وقال القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي والشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة
انه لو ادعى انه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة
لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك
المشتري ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة وقال ابو جعفر الطحاوي
في مختصره والشفعة تجب بالبيع وتستحق بالاشهاد وتملك بالاخذ
الى هنا لفظه قال الامام الاسبيجابي في شرحه الاصل هو ان
الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالاخذ وفي
قولنا تجب بالبيع وتسمى بالطلب فان الشفيع لو طلب الشفعة قبل
البيع لم يصح طلبه ولو سلم الشفعة قبل البيع فتسليمه باطل

حصل

ولو سلم بعد البيع وهو لا يعلم بالبيع بطلت شفعته لان التسليم يعتمد وجوبه ولو سكت بعد البيع ولم يطلب فان سكوته بعد العلم يبطل شفعته وان كان لا يعلم بالبيع لم تبطل شفعته بالسكوت قوله ذلك يستقر بالاشهاد اي قال القدوري في مختصره وانما يستقر بالاشهاد لانها حق ضعيف يسقط بالاعراض ولا يعلم انه مطالب بها الا بالعرض الا بالاشهاد قال صاحب الهداية ولا بد من طلب المواثبة قال في شرح الطحاوي والطلب طلبان طلب مواثبة وطلب استحقاق اما طلب المواثبة فعند سماع البيع من غير سكوت ويشهد على طلبه شهودا ثم لا يمكث حتى يذهب الى المشتري او الى البايع ان كانت الدار في يده او الى الدار المبيعة وان كانت الدار في يد المشتري ان شا اشهد على المشتري بطلب الشفعة وان شا اشهد عند الدار ولو طلب من البايع بطلت شفعته ويطلب بعد ذا حضور هو لا طلبا آخر وهو طلب الاستحقاق ويشهد عليه شهودا واذا اتى الشفيع شفعته بطلبين وابى المشتري ان يسلمها اليه فهو على شفعته الدار ولا يبطل شفعته بعد ذلك بترك الطلب في ظاهر الرواية وروي عن محمد بن الحسن انه قال اذا مضى شهر ولم يطلب مرة اخرى بطلت شفعته وهاهنا الروايات عن ابي يوسف وروي عنه في رواية اخرى له ان يطالب في كل مجلس من مجالس القاضي فان ترك مجلسا من مجالس القاضي بطلت شفعته كذا ذكر في شرح الطحاوي قوله قال ويملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الملك للمشتري لحقوق الملك وهو الشرا القاطع ثم لا ينتقل عنه الملك الى الشفيع الا برضاه لان تملك ملك الغير لا يجوز بدون رضاه الا ان الشرع جعل للشفيع حق التملك للقاضي ولانه عامة فاذا قضى بالشفعة واخذها الشفيع ملكها ولا يملك الشفيع الدار قبل ان يسلم المشتري اليه او قضا القاضي فان اثبت شفعته بطلبين طلب المواثبة وطلب التقرير حتى ان المبيع لو كان كرما فاكل المشتري ثماره سنين فانه لا يكون مضمونا عليه ولا يخرج من الشفيع شي من الثمن لما اكل من ثماره اذا كانت الثمار حدثت بعد ما قبض المشتري الكرم فهذا معنى قولنا انه يملك بالاخذ لا بالطلب على الانفراد كذا في شرح الطحاوي قوله ويظهر فايدة هذا اي فايدة قوله

بان التملك

ويملك

ويملكها بالاخذ قوله بعد الطلبين اراد بهما طلب المواثبة وطلب التقرير ويسمى طلب التقرير طلب الاشهاد ايضا قوله لا يورث عنه في الصورة الاولى اي فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل الاخذ قوله وتبطل شفعته في الثانية اي في الصورة الثانية وهي اذا ما باع داره المستحق بها الشفعة قبل اخذ الدار المشفوعة لان سبب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال الاتصال فلا يثبت الحكم لعدم سببه قوله ولا يستحقها في الثالثة وهي ما اذا بيعت دار اخرى بجنب هذه الدار المشفوعة قبل اخذ الدار المشفوعة بتسليم الخصم وهو المشتري او بقضا القاضي قوله لا يجب الا عند مقابلته بالمال قال في شرح الطحاوي والشفعة فيما اذا ملكت بعوض هو مال وما اذا ملكت بغير عوض كالهبة والصدقة والوصية والميراث فلا شفعة فيها وكذا لو ملكت بعوض ليس بمال كما اذا جعلها مهرا في النكاح او بدلا في الخلع او صولح من دم عمد فلا شفعة فيه ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باع داره من امراته بذلك المهر او تزوجها بغير مهر مسمى ثم باع داره منها بمهر المثل وجبت فيها الشفعة ولو تزوجها على الدار او تزوجها على غير مهر مسمى ثم فرض لها داره مهرا فلا شفعة فيها ولو صولح على الدار من الجناية التي توجب الارش دون القصاص تجب فيها الشفعة بالارش فلو جعلها اجرة في الاجارات فلا شفعة فيها لان بدلها ليس بمال قوله على ما نبينه اي في باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب والله اعلم

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم يكن للشفعة ثبوت بدون الطلب شرع في بيان الطلب وتفسيره وكيفيته ويسمى الطلب الاول طلب المواثبة تبركا بلفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثبت هو الذي يسرع في طي الارض بمشيه قوله قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اي قال القدوري في مختصره والمراد من المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه في المجلس ليس بشرط والشرط هو نفس الطلب وانما يشهد فيه لانه لا يصدق على الطلب الا ببينة فان لم يكن بحضرته من يشهده قال انا مطالب بالشفعة ثم نهض الى من يشهده واشهد

حتى لا يفوت حق الشفعة فما يليه وليس الله تعالى قال الاصل هنا
ان طلب الشفعة على الفور في رواية وفي رواية [illegible] على المجلس وهو
احسن قال الكرخي قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا بيعت
الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فان محمدا قال في الاصل ان لم
يطلب مكانه بطلت شفعته وقال القدوري في شرحه وهذا يقتضي
ان الطلب على المجلس ثم قال الكرخي وقال ابن سماعة عن ابي يوسف
ان لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته وقال في موضع آخر فان
لم يطلب ساعتئذ بطلت شفعته قال وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف قال القدوري وهذا يقتضي ان الطلب على الفور
ثم قال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد اذا بلغته الشفعة فاما
فسكت فهو ترك الشفعة قال القدوري وهذا يدل انه على الفور
ثم قال الكرخي وقال هشام عن محمد في نوادره اذا بلغه فسكت
هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته قال القدوري وهذا
يفيد المجلس وقال ابن ابي ليلى ان ترك الطلب ثلاثة ايام بطلت
شفعته وقال الشعبي ان تركها يوما بطلت وقال شريك لا تبطل
ابدا حتى يبطلها بقوله كذا ذكر القدوري في شرحه وقال في شرح
الاقطع وللشافعي اربعة اقوال احدها انها على الفور والآخر ثلاثة ايام
والآخر على التأبيد الا ان للمشتري مطالبة الشفيع بالاخذ او الاسقاط
والرابع انها على التأبيد وليس للمشتري مطالبة الشفيع بشيء وجه الفور
قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن واثبها وقوله صلى الله عليه وسلم انما الشفعة
كنشطة عقال ان قيد بها ثبتت والا ذهبت وجه رواية المجلس انه
خيار تمليك كخيار القبول والمخيرة ولانه يحتاج الى ان يتفكر هل يصلح
له الاخذ او لا يصلح وكذلك يحتمل على الفور لا ثبوتها على
المجلس وهو اصح الجواب [illegible] على شفعته ما لم يقم او يشتغل
بغير الطلب قوله وهو ان يطلبها كما علم اي على الفور سواء كان عنده
انسان او لم يكن وفي كتاب الاجناس نقل عن كتاب الشفعة لابي
نصر صاحب محمد بن الحسن كتاب الشفيع ان يطلبها ساعة يبلغه
البيع ويتكلم بلسانه بالطلب بحضرة الشهود او بحضرة
[illegible] وقال الحسن بن زياد [illegible] ليس ان يتكلم بالطلب اذا
لم يكن بحضرته احد قوله كما ذكرنا اشارة الى ما ذكر قبل هذا باحد عشر
خطا بقوله لا يدخر حق [illegible] الاعراض قوله وعلى هذا
عامة

عامة المشايخ نص على ان طلب الشفعة على الفور قوله
وعنه ان له مجلس العلم اي روي عن محمد ان للشفيع مجلس
العلم قوله والثانية اختيار الكرخي اي الرواية الثانية اختيار الكرخي
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره بعد ما ذكر فيه روايات
الاصل والنوادر والذي هذا عندي ليس اختلافا في رواية والمعنى
لان جميع هذه العبارات انما يريد بها ان لا يكون الطلب متراخيا
عن المجلس تراخيا يدل على ترك المطالبة بالشفعة او الاعراض
عنها وهي عندي على مثال ما قالوا في الخيار المجعول في الطلاق
في رجل قال لزوجته امرك بيدك وكخيار المشتري اذا اوجب
له البائع البيع فقال قد بعتك هذا العبد بالف فللمشتري
خيار الرد والقبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به
على الاعراض عن الجواب والترك له قوله ولو قال بعد
ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله
لا تبطل شفعته ذكره تفريعا على مسألة القدوري قال
الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سألت محمدا عن رجل
قيل له ان فلانا باع داره وهو شفيعها فقال الحمد لله قد
ادعيت شفعتها او قال سبحان الله او قال الله اكبر بعد ان طلبت
شفعتها او لقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله فبداه بالسلام
قبل ان يدعي الشفعة ثم ادعاها او قال حيث اخبر بالبيع من
اشتراها او بكم باعها او عطس صاحبه فشمته قبل ان يدعي الشفعة
ثم ادعاها قال محمد هو في هذا كله على شفعته الى هنا لفظ
الكرخي واورد القدوري في شرحه سؤالا وجوابا فقال ان
قيل اذا قال الحمد لله اليس ان هذا اعراض قلنا هذا يذكر
لافتتاح الكلام فلا يدل على اعراضه وكذلك السلام وتشميت العاطس
ليس فعلا يدل على الاعراض ولم يذكر الاسقاط [illegible] خيار المخيرة
واما قوله ممن ابتاعها وبكم فيتعلق به غرض وانما هو
سبب الطلب لانه قد يصلح له بثمن دون ثمن ويصلح
في مجاورة رجل دون غيره والمسألة عن ذلك من اسباب الشفعة
فلا يسقطها وقال في النوازل سئل ابو بكر البلخي عن الشفيع
اذا سلم على المشتري قال لا تبطل شفعته قوله ويحكم
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة ذكره على سبيل التفريع ايضا

قال الفقيه أبو الليث في كتاب العيون قال هشام سألت محمداً عن رجل حين بلغه
طلب الشفعة أنا أطلبها ولم يقل قد طلبتها قال هو على شفعته لأن معنى قوله
أنا أطلبها بعد طلب وقال الناطفي في الأجناس قال الهاروني إذا
قال الشفيع أشهدكم على شفعتي كان ذكر منه طلباً وله الشفعة وفي
نوادر أبي يوسف رواية علي بن الجعد لو قال الشفيع لي فيها شفعة وأنا
أطلبها كان طلبها صحيحاً وله الشفعة ولو قال طلبتها استوثقت شفعته
لا يكون طلباً وبطلت شفعته لأنه أخبر عما له من الحق ولم يطلبه
ولا كذلك قوله أنا أطلبها لأن تقديره قد طلبتها كقوله أشهد أن لا إله إلا الله
معناه قد شهدت بذلك وقال محمد في نوادره قول الشفيع قد ادعيت هشام
شفعتي كان كذلك طلبها صحيحاً إلى هنا لفظ الأجناس وقال الإمام
الإسبيجابي في شرح الطحاوي ولفظ الطلب روي عن محمد بن مقاتل
الرازي أن الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها وعن محمد بن
سلمة أنه يقول طلبت الشفعة فحسب وروي عن الفقيه أبي جعفر
الهندواني أنه كان يقول لا نزاع في ألفاظ الطلب فإذا طلب الشفعة بأي لفظ
كان بعد أن يعرف أنه قد طلبها فقد كفى لأن محمداً لم يشتغل
في كتبه بمراعاة اللفظ **قوله** وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه
الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة
وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صبياً أو امرأة
إذا كان الخبر حقاً ذكره أيضاً على سبيل التفريع قال الشيخ أبو الحسن
الكرخي في مختصره قال ابن شجاع عن الحسن واللؤلؤي عن الحسن عن أبي يوسف
إذا اشترى الرجل داراً فبلغ الشفيع فعليه أن يشهد إذا بلغه
ذلك كان المخبر حراً أو عبداً أو صبياً أو امرأة عدلاً أو غير عدل
إذا كان الخبر حقاً قال أبو الحسن وكذلك روى محمد عن أبي يوسف
وهو قوله وروى هشام عن محمد قال سمعته يقول إذا أخبر الشفيع
رجل فاسق وكان خبره حقاً أو أخبره صبي وكان الخبر حقاً بطلت
شفعته فأما في قياس قول أبي حنيفة فحتى يخبره رجلان
أو رجل عدل إلى هنا لفظ الكرخي وجه قول أبي حنيفة أن هذا
الخبر أخذ شبهاً من أصلين من الشهادة لأنه يوجب الضمان على
المولى فيما إذا أخبره بجناية عبده فأعتقه حيث يصير مختاراً
للفداء ويسقط حق الشفيع وأخذ شبهاً من الأخبار لأنه لا يعتبر
فيه لفظ الشهادة فألحق بالشهادتين فاعتبر فيه أحد شطري الشهادة

إما العدد أو العدالة ووجه قولهما أنه من أخبار المعاملات فيقبل
قول الواحد عدلاً كان أو غير عدل كسائر أخبار المعاملات **قوله**
وقد ذكرناه قبل هذا أي فيما تقدم أي في آخر فصل القضاء بالمواريث
من كتاب أدب القاضي وفي أخوات المولى إذا أخبر بجناية عبده
فأعتقه والبكر إذا سكتت بعدما أخبرت بالنكاح الولي والذي
أسلم ولم يهاجر إلينا فأخبر بالشرائع ففي كل ذلك يشترط في المخبر
العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافاً لهما **قوله** وهذا بخلاف المخيرة
إذا أخبرت بتخييره أي عند أبي حنيفة يعني أن المرأة إذا أخبرت بأن
زوجها خيرها في نفسها صارت المرأة مخيرة سواء كان المخبر عدلاً
أو غير عدل حتى إذا اختارت نفسها في مجلسها يقع الطلاق ولا
كذلك خبر الشفعة حيث يشترط فيه إما العدد أو العدالة عند
أبي حنيفة **قوله** بخلاف ما إذا أخبره المشتري يعني أن المخبر بالشفعة
إذا كان هو المشتري فقال اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد
أو العدالة حتى إذا سكت الشفيع عند الإخبار ولم يطلب الشفعة
بطلت شفعته لأن المشتري خصم للشفيع ولا يشترط ذلك في الخصوم
قوله والثاني طلب التقرير والإشهاد أي الثاني من أنواع الطلب
طلب الإشهاد وبيانه ما قال في الكتاب أي بيان هذا الطلب ما قال القدوري
في مختصره وهو قوله ثم ينهض منه فيشهد على البائع إن كان المبيع في
يده أو على المبتاع أو عند العقار فإذا فعل ذلك استقرت شفعته
إلى هنا لفظ القدوري ومعنى قوله ينهض أي يقوم الشفيع من
المجلس قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا بيعت الدار في مصر
والبائع والمشتري والشفيع في ذلك المصر أو في مدينة أو قرية وهم
حضور جميعاً في ذلك الموضع الذي فيه المبيع فإن الشفيع إن
قصد إلى الدار المبيعة أو الأرض فأشهد عندها و[illegible] كان ذلك
جائزاً وإن قصد البائع أو المشتري والدار غير مقبوضة فأشهد
صح ذلك فإن كان قبضت الدار فلا خصومة بينه وبين البائع ولا علقة
فإن أشهد عند الدار صح وإن أشهد عند المشتري والدار غير مقبوضة
صح إلى هنا لفظ الكرخي قال الشيخ الإمام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي
ثم ينهض على الفور أي بعد طلب المواثبة إلى الدار أو إلى البائع
أو إلى المشتري فيطلب الشفعة عند واحد من هؤلاء ويشهد على ذلك
ويسمى هذا طلب التقرير لو ترك هذا أو أخر من غير عذر بطل شفعته

وانما كان طلب الاشهاد على الفور لان الشرع اثبت الشفعة نظرا للشفيع
على وجه لا يتضرر به المشتري او البائع فلو جعلنا لا يبطل حقه
بالتأخير ادى الى الضرر بالمشتري لانه يتصرف في الدار وعلى تقدير ان
لا يبطل الشفعة والظاهر هنا ثم يطلب الشفعة بعد زمان ينقض
تصرفاته في الدار فيؤدي ذلك الى الاضرار به والضرر في حقه
ينبغي ان يذهب الى اقربهم حتى لو ترك الاقرب وذهب الى الابعد
واشهده على الطلب يبطل حقه في اصح الروايتين متى ترك الطلب
مع امكان الطلب يبطل حقه وان تركه واكثر لعدم الامكان لا يبطل
وقالوا في هذا اذا كانوا على طريق واحد اما اذا كانت الطرق مختلفة
في الذهاب فانه لا يبطل حقه بالذهاب الى الابعد لانه ربما يكون
له عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي وقال
في الفتاوى الصغرى الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الابعد
فان كان الشفيع او الابعد خارج المصر يبطل الشفعة وان كان
كلاهما في المصر لا يبطل استحسانا وقال في الاجناس قال في نوادر ابن سماعة
عن محمد ان كان البائع او المشتري بخراسان والدار بالعراق فللشفيع
ان يخاصم المشتري اذا كان بخراسان ولا يبطل شفعته ولو كان الشفيع
بالعراق عند الدار اشهد عند الدار على طلب الشفعة وليس عليه ان يأتي
خراسان فيخاصم هناك ولو خرج الى خراسان وطلب هناك ولم يطلب
عند الدار بطلت شفعته وهذا يفسر ما اطلقه محمد في كتاب الشفعة الاصل
قال فيه وان كان المشتري في مصر بلد ليس فيه الدار ليس على الشفيع
ان يطلبه في سوى البلد الذي فيه الدار فان كان الشفيع في البلد الذي
فيه الدار والمشتري في بلد آخر وقال في خلاصة الفتاوى
الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان اشهد
حين اصبح صح قوله لان للاول اليد اراد بالاول البائع وللثاني الملك
اراد بالثاني المشتري قوله وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية
المبيع وتحديده قال الكرخي في مختصره قال بشر وعلي بن الجعد
عن ابي يوسف قال وان كان الشفيع غائبا فاذا علم فله من الاجل
بقدر المسافة اما ان يتوجه واما ان يبعث وكيلا في طلبها وذلك
بعد ان يشهد حين علم انه على شفعته ويسمي الدار والارض
والموضع وكذا حتى لا يبطل شفعته قال القدوري في شرحه
وانما شرط الوكيل تسمية المبيع والتحديد لان المطالبة لا تصح
الا في

لم تصح المطالبة
الا في معلوم فاذا اشهد على الطلب ولم يبين المطلوب لم يكن
الخصام في مبيع دون مبيع فلا يتعلق بها حكم قوله والثالث طلب
الخصومة والتمليك اي الثالث من انواع الطلب طلب الخصومة
والتمليك وسماه في شرح الكافي طلب الاستحقاق وهو ان يرفع الشفيع
الامر الى القاضي فيستحق شفعته بالحجة قوله ونذكر كيفيته
من بعد ان شاء الله تعالى اي كيفية طلب الخصومة والتمليك بعد
هذا عند قوله واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشرى وطلب
الشفعة الى آخره قوله ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب
عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره لا تسقط الشفعة بتأخير
طلب الخصومة والتمليك قال صاحب الهداية وهو رواية عن ابي يوسف
وانما قال كذلك لان القدوري لم يذكر قول ابي يوسف في مختصره
ثم قال القدوري في مختصره وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت
قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا اشهد الشفيع على شفعته
ثم تراخى بعد ذلك عن طلبها وقد امكنه ذلك فان ابا حنيفة وابا يوسف
قالا هو على شفعته ابدا ما لم يسلمها وبه نأخذ وقال محمد ان طلبها فيما
بينه وبين شهر فله ذلك وان تركها حتى مضى شهر لا يطلبها فيه لم
يقض له بها الى هنا لفظ الطحاوي ثم قال الكرخي في مختصره
واذا بلغ الشفيع بيع الدار التي هو شفيعها واشهد على طلب الشفعة
ثم ترك الخصومة فيها بعد الاشهاد فان ابن سماعة قال سمعت
محمدا يقول في رجل اشترى دارا فطلب الشفيع الشفعة واشهد على
المشتري بذلك فهو على شفعته ابدا في قول ابي حنيفة وقال محمد
استحسن شهرا واذا ترك ذلك شهرا من غير عذر بطلت شفعته قال
بشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف اذا علم الشفيع فاشهد ثم سكت
عن الطلب لم يأخذ في الحكم ابدا فلا شفعة له وقال الحسن بن زياد
اذا بيعت دار ولها شفيع والبائع والمشتري حاضران فعلم بذلك
الشفيع فاشهد انه على شفعته ثم كف عن الطلب فخاصم فان مكث
بعد ذلك شهرا او اكثر لم يكن له شفعة الا ان يكون القاضي عليلا او
غائبا فان له في ذلك عذرا وهو على شفعته ابدا اذا حضر القاضي
وذكر علي القمي قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف وبه نأخذ وحكى عن ابي يوسف
انه قال هو على شفعته ما لم يمكنه التقدم الى القاضي بقدر ما يطرح
رقعته قال وهذا قول ابي يوسف وكان زفر يقول فيه ستة اشهر وقال الكرخي

عن ابي حنيفة انه على شفعته ابدا اذا اشهد وقال ابن سماعة في نوادره سمعت
ابا يوسف قال الشفيع اذا اشهد على طلب الشفعة ولم يخاصم ولم يتقدم
الى القاضي في الشفعة في مثل ما يقدر على التقدم الى القاضي فيه بعد
بطلت شفعته قال وان اشهد على الطلب ثم تقدم الى القاضي
سنة او يومين فهو على شفعته وقال ابن رستم عن محمد ثم هو اذا اشهد ثم
سكت شهرا بطلت شفعته الا من عذر حبس او مرض لا يقدر ان
يوكل قال ولا يصدق على العذر بقوله الا ان يعلم ذلك منه وقال
هشام سألت محمدا عن قول ابي حنيفة فيمن طلب الشفعة عند القاضي
ثم سكت قال هو على شفعته ابدا ما لم يقل باللسان قد تركتها وكذا
قول ابي يوسف قال محمد فاما في قولي فان سكت بعد الطلب شهرا بطلت
شفعته الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرح مختصر
من هذه الروايات عن ابي حنيفة اذا اشهد لم يسقط الشفعة بالتاخير
الا ان يسقطها بلسانه وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وقال
في الرواية الاخرى اذا ترك المخاصمة الى القاضي في زمان يقدر فيه
على المخاصمة بطلت شفعته ولم يوقت وقال محمد وزفر اذا اخر المطالبة
بعد الاشهاد شهرا من غير عذر بطلت شفعته قال ابو الحسن وهو
قياس قول ابي حنيفة الى هنا لفظ القدوري وجه قول محمد ان الشفعة
لو لم يسقط بالتاخير لتضرر المشتري والضرر مدفوع شرعا لانه
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام بيانه انه لو جاز تاخير المطالبة بالمخاصمة
ابدا لامتنع المشتري من التصرف بالبناء والغرس مخافة نقض الشفيع
وهذا ضرر لا محالة الا ان الشفعة شرعت للشفيع دفعا للضرر
فكما لم يجز الحاق الضرر به لم يجز الحاق الضرر بالمشتري فقدرنا
بالشهر لان ما وراءه في حكم الكثير وما دونه في حكم اليسير بدليل
انه لو حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه
ولكنه قال اذا اخر شهرا من غير عذر بطلت شفعته لان الشفعة
انما تسقط بالتاخير لتفريطه في الطلب واذا كان بعذر مانع عن الطلب
لا يكون التاخير تفريطا وجه قول ابي يوسف انه اذا ترك الطلب
في مجلس من مجالس القاضي دل ذلك على الاعراض فبطلت شفعته وقال
القدوري في شرحه ولم يقدر ابو يوسف التاخير بمقدار بل جعله
على ما يراه القاضي لان ذلك يختلف باختلاف الاحوال وجه قول
ابي حنيفة ان المطالبة حق متعلق بعقد البيع فلا يسقط بعد استقراره

بالتاخير

بالتاخير كالرد بالعيب والجواب عن دفع الضرر بقول ان دفع الضرر
عن الشفيع واجب وان ادى ذلك الى ضرر المشتري الا ترى ان اخذ
الملك ضرر به ومع هذا يجوز ولهذا اذا كان الشفيع غائبا فاخر
المطالبة لا تسقط الشفعة مع لزوم الضرر بالمشتري الا ترى ان
اخذ الملك ضرر به ومع هذا يجوز ولهذا اذا كان الشفيع غائبا
فاخر المطالبة لا تسقط الشفعة مع لزوم الضرر بالمشتري فكذا
اذا كان الشفيع حاضرا فاخر لان الضرر يلزم على كلا التقديرين
ثم لم يعتبر الضرر في الغيبة فينبغي ان لا يعتبر في الحضرة ايضا
ولهذا يحكم بقدرة المشتري على البناء والغرس فلا يلزم ابا يوسف
لان الشفيع عنده ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس فلا ضرر اذن
وكذا لا يلزم ابا حنيفة لانه ضرر التزمه المشتري بدخوله في الشفعة
قوله وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وكلمة الفتوى
وهذا الذي ذهب اليه صاحب الهداية هو الذي اختاره الطحاوي في
مختصره والكرخي اخذ برواية الشهر الا ان يكون القاضي عليلا او غائبا
قوله قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب
الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به
والا كلفه اقامة البينة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشفيع
لا يكون خصما للمشتري حتى يكون له ملك يستحق به الشفعة وهذا المعنى
لا يعلمه القاضي فلا جرم يسأل المدعى عليه وهو المشتري فان اقر بملك
الشفيع الذي يشفع هو به صار خصما وان انكر المشتري ملك الشفيع
وقال الدار التي في يده ليس له وانما هو ساكن فيها كلف القاضي الشفيع
اقامة البينة على ان الدار التي هو فيها ملكه ليثبت كونه خصما
لان الخصومة في الشفعة فرع على ثبوت السبب وهي المجاورة او الشركة فاذا
لم يثبت لم يصح اثبات ما هو فرع عليه وقال زفر وهو احدى الروايتين
عن ابي يوسف ليس عليه اقامة البينة على الملك لان اليد دليل على
الملك الا ترى ان الشهود يشهدون به للمدعي بمشاهدة اليد فوجب ان يقضى
بالشفعة لاجلها قلنا ان اليد ظاهر في الملك والظاهر يدفع به الدعوى
ولا يستحق به على الغير فلو قضي بالشفعة بظاهر اليد لزم انه استحق بها
على الغير وذلك لا يجوز ولهذا قالوا اذا زعم المقذوف انه حر وقال
القاذف هو عبد لم يجب الحد حتى يقيم المقذوف بينة على الحرية وذلك
لان الظاهر الحرية الا انه لا يستحق بهذا الظاهر حقا على الغير وكذلك

وكذلك المطلوب بذاته اذا زعم انه حر وطلب القصاص من القاطع
فقال القاطع هو عبد لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى وكذلك
قالوا في المشهود عليه اذا زعم ان الشاهد عبد لم نقض عليه بظاهر
الحرية وكذلك اذا زعم العاقلة ان القاتل عبد لم يتحملوا عنه
الدية حتى يثبت الحق كذا ذكر القدوري في شرحه قال صاحب الهداية
سأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعا عليه عن موضع
الدار وحدودها اي سأل المدعي عن موضع الدار التي طلب الشفعة
فيها فيقول الشفيع دار فلان في بلدة كذا في محلة كذا في سكة كذا ويبين
حدودها الاربع لانه ادعى حقا في الدار والدعوى لا تصح الا في المعلوم
وعلمها يحصل ببيان هذه الاشياء فيكون شرطه بيان ذلك كما اذا ادعى رقبة الدار
وذكر في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي طلب الشفعة بها بان
قال انا شفيعها بالجوار بدار لي التي احد حدودها كذا والثاني كذا
والثالث كذا والرابع كذا ولا يشترط تحديد دار الشفيع على ما قال الخصاف
بل اذا قال انا شفيع الدار التي اشتراها فلان من فلان وهي في بلدة كذا
في محلة كذا وسكة كذا ويبين حدودها بداري التي تلازقها كفى
وان لم يذكر حدود داره قال الفقيه ابو الليث اما الطلب عند الحاكم
ان يقول اشترى هذا الدار التي احد حدودها كذا والثاني كذا و
الثالث كذا والرابع كذا وانا شفيعها بالجوار بدار لي التي احد حدودها كذا و
الثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا فطلبت اخذها بالشفعة فمره ان يسلمها الي
قوله فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما نعلم انه مالك
للذي ذكره مما يشفع به اي قال القدوري في مختصره وهذا عطف على قوله
كلفه اقامة البينة يعني ان عجز الشفيع عن اقامة البينة على ان الدار
التي في يده ملكه استحلف القاضي المشتري على العلم بالله ما نعلم ان
الدار التي في يد الشفيع ملكه وانما يستحلف اذا طلب الشفيع ذلك لانه حقه
لانه ادعى على المشتري معنى لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف على العلم لا
على البتات لانه استحلاف على فعل الغير والاصل فيه قوله عليه السلام
لليهود في القسامة ليحلف منكم خمسون بالله ما قتلناه ولا علمنا
له قاتلا فذكر العلم في الاستحلاف على فعل الغير واذا كان على فعل المدعى عليه كان
على البتات واذا كان على فعل الغير كان على العلم وتمام البيان عرف
في كتاب الدعوى في فصل كيفية اليمين قوله فان نكل او قامت للشفيع بينة
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه يسأله القاضي هل ابتاع ام لا

يعني هذه ...

فان انكر

فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة اي ان انكر المشتري الشراء يحلف على العلم
او قامت للشفيع بينة على ان الدار ملكه ثبت ملك الشفيع وصار به
خصما اما ثبوته بالبينة فظاهر وكذلك بالنكول لانه بمنزلة
الاقرار وعندهما وعند ابي يوسف يقبل الاقرار فيما يصح بدله
فيثبت الحكم بالنكول فاذا كان الشفيع خصما لزم خصمه جواب سؤاله
عن دعوى الشفيع فان انكر الابتياع قال للشفيع اقم البينة على ما
ادعى وخصمه منكر فكان على الشفيع اقامة البينة على ذلك قوله
فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق
هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره اي قال القدوري في مختصره
اي ان عجز الشفيع عن اقامة البينة على الشراء استحلف القاضي المشتري بالله
ما ابتاع وهذا استحلاف على السبب او استحلف المشتري بالله ما يستحق
الشفيع على هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره وهذا استحلاف
على الحاصل اعني انه استحلاف على حكم الشيء في الحال والاصل ان الاستحلاف
عندهما على الحاصل عندهما وعند ابي يوسف على السبب الا اذا وجد
التعريض من المدعا عليه فحينئذ يحلف على الحاصل والكلام فيه قد مر
مستقصى في فصل كيفية اليمين من شرح الاقطع فالذي ذكره في الكتاب
انما هو قول محمد وقال ابو يوسف يحلفه بالله ما ابتاع الا ان يعرض فيقول
قد يشتري الانسان الشيء ثم يفسخ العقد فلا يمكنني ان احلف فحينئذ يحلف
بالله ما يستحق عليه شفعة ووجه قول ابي يوسف ان اليمين حق المدعي فيجب
ان يكون بحسب دعواه ما امكن والدعوى وقعت على اصل البيع فيكون
اليمين على ذلك الا ان يعرض فالاستحلاف على الحاصل ووجه قول محمد انه يجب
ان يراعى حق المدعا عليه وفي الاستحلاف على السبب ابطال الشفعة ايضا
لحقها وفي الاستحلاف على اصل البيع اسقاط حق المدعا عليه لجواز ان
يكون تفاسخ العقد فيما كان قبله ايضا حقها فهو اولى واما قوله في
الكتاب صفة اليمين من الوجه الذي ذكره فليس بشرط بل هو على وجه
التاكيد لانه بعينه قد ثبت وجوب الشفعة من كل وجه قوله
وانما يحلفه على البتات اي يحلف القاضي المشتري في انكاره
الابتياع فيقول بالله ما ابتعت او يقول بالله ما يستحق الشفيع على هذه
الدار شفعة كلا الاستحلافين للمشتري على انكاره ملك الشفيع في
الدار التي يشفع بها الشفيع فانه يحلف على العلم فيقول بالله ما اعلم
انه مالكها قوله قال وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر
الشفيع الثمن

الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة يلزمه احضار الثمن
اي قال القدوري في مختصره فان صاحب الطهرانه وهذا ظاهر في انه لا
وانما قال هذا ظاهر الرواية لانه لم ينقل هذا لانه الاصل
لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي
بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى
يستوفي الثمن منه او من ورثته ان مات وقال القدوري في شرح
مختصر الكرخي فظاهره يدل على ان الاصل قول ابي حنيفة وابي يوسف
ثم قال ولم يذكر ابو الحسن الكرخي هذا الباب عن الحسن عن ابي حنيفة
مثل قول محمد ان القاضي لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وجه قولنا
المشهور ان الثمن انما يجب بعد انتقال الملك الى الشفيع وانما ينتقل
بالقضاء فلم يجب على الشفيع احضار ثمن لم يلزمه كما لم يجب على المشتري
قبل البيع ولان المبيع ينتقل من المشتري الى الشفيع كما ينتقل
من البائع الى المشتري فاذا لم يقف الانتقال في احدهما على احضار الثمن
فكذلك في الاخر وجه قول محمد ان الشفعة تجب لازالة الضرر عن
الشفيع فلا يجوز له الحاق الضرر بالمشتري فلو قضى القاضي قبل
احضار الثمن لم يأمن ان يكون الشفيع مفلسا فيتعذر عليه ايصال
الثمن الى المشتري وهذا لا يجوز وليس كذلك البيع لان الملك ينتقل
برضا البائع فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه **قوله** فاذا
قضي بالدار للمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد
ايضا لانه فصل مجتهد فيه يعني ان عند محمد لا يقضي بالشفعة قبل
احضار الثمن ومع هذا لو قضى بها قبل الاحضار ينفذ القضاء عنده ايضا
لصدوره في محل مجتهد فيه قال الكرخي في مختصره فان اجل القاضي
بعض له بالشفعة بالثمن ثم ابى الشفيع ان يدفع الثمن حبسه في السجن
حتى يدفع المال ولا ينقض الاخذ بالشفعة لان هذا بمنزلة
الشراء من البائع للمشتري وقال الكرخي ايضا فان طلب الشفيع اجلا
في المال اجله القاضي يوما او يومين او ثلاثة فان احضر المال والا ابطل شفعته
ونقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم فان قال الشفيع ان لم اعطك
الثمن الى ثلاثة ايام فانا بريء من الشفعة ان كان القاضي هو الذي اجله
ورضي به فلم ينقده حتى مضت المدة بطلت الشفعة وقال الاسبيجابي
الطحاوي القاضي يؤجل الشفيع لاحضار الثمن قدر ما يرى فان
احضر الثمن في تلك المدة فهي له والا ابطل شفعته **قوله**

فاذا

ولو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا يبطل شفعته لانها تأكدت
بالخصومة عند القاضي قال الكرخي في مختصره وقال ابن سماعة سمعت محمدا
قال في رجل اشترى دارا فجاء الشفيع فطلب اخذها بالشفعة فقال المشتري
هات الثمن وخذها فقال نعم فقال آتيك به ثم لم يخاصمه
الشفيع ولم يأت بالثمن حتى مضى شهر قال ابطل شفعته استحسن هذا
في شهر قال ولو خاصمه الشفيع الى القاضي فاقر المشتري انه شفيع
وقال هات الثمن وخذها فامره الحاكم ان يدفع الثمن اليه ويأخذ منه
الدار فتركه ولم يأته شهرا او اكثر من ذلك لم يبطل شفعته الى هنا
لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه اما اذا لم يخاصم حتى مضى شهر بطلت
شفعته عند محمد استحسانا ولم يبطل في قولهما اذا كان اشهد وقد قدمنا
هذه المسألة واما اذا خاصمه في الشهر الى القاضي وطالبه بالشفعة
فقال له القاضي ادفع الثمن فاخر لم يبطل شفعته عند محمد لانه يجعل
ترك الخصومة في الشهر اعراضا عن الشفعة فاذا خاصم فيها الى القاضي
ولم يعرض لم يبطل شفعته وكذا يجب ان يؤجل القاضي للشفيع
اجلا حتى لا يتضرر المشتري بالتأخير **قوله** قال وان احضر
الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ
البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة ويجعل العهدة عليه وقال الكرخي في
مختصره فاذا صح الاشهاد على ما ذكرنا واراد ان يقضي له بالدار بالشفعة
فان كانت الدار لم تقبض حضر البائع والمشتري جميعا ولا يقضي
له حتى يحضرا جميعا فان حضر احدهما دون الآخر لم يحكم له فان كانت
الدار قد قبضت فالخصم فيها المشتري وحده فاذا احضره حكم عليه
فاذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار في يد البائع انتقض البيع
الذي كان بين البائع والمشتري وسلم الشفيع الثمن الى البائع وكانت
عهدة الشفيع على البائع بالثمن ويرجع المشتري على البائع بالثمن اذا
كان نقده الى هنا لفظ الكرخي وهذا لان ثبوت مخاصمة البائع فلان له
في الدار يدا محقة فكانت الخصومة ثابتة قبله كالمالك ولان حق
الشفيع [illegible] المبيع من ملك البائع ثم ادخله في ملك
المشتري وصار كأنه اشترى هذه الدار قبل هذا المشتري فيثبت
له مخاصمة البائع الا ان القاضي لا يحكم بها الا بحضور المشتري لان
القضاء على البائع فسخ لملك المشتري فلا يجوز الا بحضوره او بحضور من قام مقامه

بالشفعة

حشـ
آذى بالجار اى اتى بما

ولان له حقا في الحضور ليدفع عن نفسه فيتوقف الحكم على حضوره واما اذا كانت
الدار قد انقبضت فالخصم هو المشتري وحده فاذا احضره حكم عليه
لان البائع لا ملك له ولا يد فصار بعد التسليم كالاجنبي فلا يعتبر
حضوره في صحة الحكم قال الكرخي فاذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا
والدار في يد البائع انتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري
ويسلم الشفيع الثمن الى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع
ويرجع المشتري على البائع بالثمن ان كان نقده اما فسخ البيع فهو
مشهور من قولهم كذا قال القدوري في شرحه ثم قال وقد روى ابن سماعة
عن ابي يوسف ان البيع لا ينتقض ووجه قولهم المشهور ان حق الشفيع
سابق لحق المشتري فاذا قضي له بالملك وجب ان ينفسخ ملك المشتري
كما لو قضي للمستحق ولان بالقضاء سقط قبض المشتري وما سقط
القبض بطل البيع كهلاك المبيع ولابي يوسف ان الشفعة انما تجب
بالبيع لانها تستفاد من حقوقه وحقوق الشيء لا تنافيه ولان الشفعة
لما تعلقت بعقد البيع لم يجز ان يفسخ البيع لانه يؤدي الى سقوطها
قال ابو يوسف [illegible] الى جنسه في جواز بيع العقار قبل القبض
فينبغي ان لا ينفسخ البيع باخذ الشفيع لان الشيء ماخوذ من ملكه فكانه
باعه فان [illegible] وهذا ليس بصحيح لان [illegible] المشتري [illegible] يقوم مقام المشتري مضمن
فيؤدي ذلك الى اسقاط القبض وقال الكرخي ايضا في مختصره وان
اخذ الدار بالشفعة من يد المشتري فالبيع الاول صحيح ويدفع الشفيع الثمن
الى المشتري وعهدة الشفيع على المشتري وذلك لان الشيء انتقل
من ملك المشتري على حكم البيع فصح بيعه كما لو باعه وقد اورد القدوري في
شرحه هاهنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كان الشفيع يستحق بسبب
سابق لحق المشتري فاذا اخذ الشيء من يد المشتري انفسخ ملك المشتري
كما ينفسخ اذا اخذ من يد البائع اصله المستحق اذا اخذ من يد المشتري
والجواب ان اخذ الشفيع من يد المشتري لو كان فسخا لم يكن ان
يقضي بلا حضور البائع فلما اتفقوا انه يقضي على المشتري بالشفعة
بغير محضر البائع دل على ان الاخذ منه ليس بفسخ ويفارق هذا الاستحقاق
لانه تبين بالاستحقاق ان البائع لم يكن مالكا لما باع فاذا اخذ
المستحق بطل البيع وفي مسئلة الشفعة لا نتبين ان البائع لم يكن مالكا
وانما فسخنا البيع اذا اخذ من يد البائع لتعذر القبض وهذا
لا يوجد اذا اخذ من المشتري واذا ثبت ما ذكرنا قلنا ان كانت الدار

اخذت

والاستحقاق
اخذت من يد البائع فالعهدة عليه لان العهدة ضمان الثمن عند
الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن فكان ذلك عليه ولان البيع انفسخ بين
البائع والمشتري وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهدته
عليه واما اذا اخذت من المشتري فان العهدة عليه لانه هو القابض
للثمن ولان الشيء انتقل من ملكه وروى ابن سماعة وبشر بن
الوليد عن ابي يوسف ان المشتري اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار
حتى قضي للشفيع فالعقد يحضر من البائع والمشتري فان الشفيع
يقبض الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري وعهدته عليه وان كان
لم ينقد الثمن دفع الثمن الى البائع وعهدته عليه وذلك لان
البائع اذا قبض الثمن لم يبق له حق في امساك المبيع فالقضاء عنده
ليس بفسخ لملك المشتري وانما هو استحقاق عليه فكان الثمن له
واذا لم يقبض البائع الثمن كان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي فلم
يتوصل الشفيع الى اخذ الدار الا بدفع الثمن الى البائع كذا ذكر
القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا هو مذهبنا وعند الشافعي
عهدة الشفيع على المشتري في الوجهين [illegible] عهدته على البائع في
الوجهين كذا ذكر في شرح الكافي وجه قول الشافعي ان التمليك يقع على
المالك وهو المالك عند اخذ الشفيع الدار وهو المشتري فيكون
العهدة عليه ولنا ان التمليك في الشفعة يقع على البائع لانه اذا اخذ
الدار يكون التقدم على المشتري فيتحول الصفقة وينزل منزلة
المشتري في عقد الصفقة ثم يملك المشتري ويقع على البائع فكذلك
من نزل منزلته ولكنا نقول ان الشفيع يملكها على البائع بعقد المشتري
فان حكم العقد يقع لكن الشرع يحكم عليه ويحصل حكم عقده واتفقوا
ان الشفيع صار المشتري عند اخذ الشفيع الدار [illegible] المشتري بمنزلة
الوكيل والعهدة تلزم الوكيل دون الموكل عندنا اعتبرنا جهة الوكالة
في موضع اخذه منه لانه يمكن ان يجعل كالبائع في حقوق العقد
لانه تولى العقد بتمامه وقبل القبض لم يتولاه بتمامه [illegible]
الشرع الشفيع عليه من ضرورته تقدمه عليه ان يخرج هو من
البين ولانه انما يرجع بالثمن على من اخذ الثمن [illegible] البائع فيكون العهدة وهو
عليه ضرورة [illegible] لنا ان [illegible] وعهدة الشفيع
على المشتري [illegible] الاستحقاق لا [illegible] له دون البائع [illegible] اخذ
بالشفعة قبل القبض او بعده وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل

وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع فيفسخ البيع ليتمهد منه
اي يحضر المشتري **قوله** اشارة الى علة اخرى يعني ان العلة
في فسخ البيع بحضور المشتري شيئان احدهما ان الملك الذي له
يقضي له للشفيع عليه فلا بد من حضوره كيلا يقع قضاء على الغائب
والثاني فسخ البيع على المشتري فلا بد من حضوره ايضا لما قلنا ومعنى
الفسخ ان يكون في حق الاضافة عند ان يكون البيع المضاف
الى المشتري في قول البائع بعت منك مضافا الى الشفيع كان البائع
قال للشفيع بعت منك بتحول الصفقة من المشتري الى الشفيع على ان
يجعل البيع الذي يقع بين البائع والمشتري كانه وقع بين البائع والشفيع
وليس المراد ان ينتقض البيع اصلا لانه لو انفسخ من الاصل لم يكن
للشفعة وجود لان الشفعة تقتضي سابقة وجود البيع وهذا
معنى قوله ينفسخ اصل البيع لتعذر انفاخه **قوله** لانه امتنع قبض
المشتري بالاخذ بالشفعة تعليل لقوله اي ينفسخ في حق الاضافة
يعني يتعذر قبض المشتري بسبب اخذ الشفيع الدار من البائع لا محالة
فلما امتنع قبضه وجب القول بالفسخ لكن لم يكن الفسخ من الاصل
كيلا يتعذر الشفعة فقيل بالانفساخ من جهة الاضافة فحسب **قوله**
ويكون الرجوع بالعهدة على البائع ايضاح لقوله بتحول الصفقة اليه
اي الى الشفيع **قوله** وفي الوجه الاول اي فيما اذا كان المبيع في يد
البائع واخذ الشفيع منه **قوله** وقد ذكرنا الكلام فيه في كفاية
المنتهى وقد اندرج ذكره فيما بينا **قوله** قال ومن اشترى دارا
لغيره فهو الخصم للشفيع اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
الا ان يسلمها الى الموكل يعني اذا اشترى دارا لاجل غيره بالوكالة عنه
يكون الوكيل هو الخصم للشفيع وذلك لان الشفعة من حقوق العقد
وحقوق العقد عندنا تتعلق بالعاقد فتتوجه الخصومة على الوكيل
لانه العاقد فصار الوكيل كالمشتري لنفسه كالايد
فاذا سلم الدار الى الموكل حيث تتوجه الخصومة عليه لانه لم يبق للوكيل
يد في الدار ولا ملك فصار كالبائع اذا سلم الى المشتري يخرج من
الخصومة بالتسليم فان البائع لا يكون خصما اذا كانت الدار في يده
حتى يحضر المشتري والوكيل اذا قبض خصم وان لم يحضر الموكل لان
المشتري لم يقم البائع مقام نفسه فلم يجز فسخ الملك عليه من غير حضوره
واما الموكل فقد اقام الوكيل مقام نفسه ورضي به فجاز ان يفسخ الملك

لمخاصمة

لمخاصمته وان لم يحضر الموكل وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ومن اشترى دارا لرجل بامره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب
الشفعة فانه ينظر ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل كان للشفيع
ان ياخذ الدار منه ويكتب عهدته عليه وينقد الثمن اياه ويكتب
العهدة عليه وروي عن ابي يوسف انه قال لا ياخذ من يد الوكيل لانه انما
اشتراها للموكل وهو ليس بخصم فيها ولكن يقال سلم الدار الى الموكل
ثم ياخذ الشفيع منه وفي ظاهر الرواية ما ذكرنا انه ياخذ من يد
الوكيل اذا كان في يده لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فيكون
من حقوق عقده كالملك والشفعة من حقوق العقد **قوله** وهذا لان
الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف وهو مذهب الكرخي وقد سلف
منا هنا في العقود التي تتعلق الحقوق فيها بالوكيل ان الملك فيها
ينتقل من الوكيل الى الموكل يعني بعدما ينتقل الى الوكيل ام ينتقل الى
الموكل ابتداء فذهب الشيخ ابو الحسن الكرخي الى الاول وابو طاهر
الدباس الى الثاني وبه قال البعض وقد مر البحث فيه مستوفى في اوائل
كتاب الوكالة **قوله** وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه
لما ذكرنا يعني يكون الوصي هو الخصم للشفيع اذا باع ما يجوز بيعه
لانه العاقد بان ذكر ان الورثة اذا كانوا كلهم كبارا حضورا ولا دين
ولا وصية فليس للوصي بيع شيء من التركة لعدم الولاية على الكبار
فان كان الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار لان له ولاية
الحفظ وان كان الورثة صغارا فله بيع الكل لانه قائم مقام الاب ولو
كانوا صغارا وكبارا فله بيع العروض والعقار من نصيب الصغار
والكبار عند ابي حنيفة وقالا له بيع نصيب الصغار من العروض والعقار
دون نصيب الكبار الحضور فان كانوا غيبا باع عروضهم لا عقارهم
كذا في المختلف **قوله** قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها
فله خيار الرؤية اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشفيع مع المشتري
بمنزلة المشتري مع البائع ثم المشتري له ان يرد بخيار الرؤية والعيب
فكذلك الشفيع له ان يرد بالخيارين على الذي اخذ منه وان كان شراء
المشتري بشرط البراءة لان المشتري لم يكن نائبا عن الشفيع فلا يكون
سقوط الرد في حق المشتري سقوطا في حق الشفيع قال الامام
العتابي في شرح الجامع الكبير الاخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث
انه تمليك بثمن معلوم حتى يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب

عقده ظ

واستيفاء حقه من وجه حتى يستوى فيه القضاء وعدم القضاء
والرضاء وعدم الرضا ولو بطل بطل لا الى خلف حتى لا يكون للآخذ
منه ضامنا له سلامة البناء ونحوه مثاله اذا اخذ الشفيع الدار بقضاء
فله خيار الرؤية وخيار العيب سواء كان ذلك للمشترى او لم يكن ولو بنى فيها
بناء او غرس غرسا ثم استحقت الدار رد العقار واجرة بقلع البناء والغرس
ويرجع على من اخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على
من لم يضمن له سلامة البناء لانه اخذه على كره منه ان اخذه بقضاء
وكذا اذا اخذه بغير قضاء لانه مستوف عين حقه لانه انما يأخذ
حق الشفعة على البيع لكونه مقدما على الدخيل يستوى فيه القضاء
وعدم القضاء كالرجوع في الهبة لما كان للواهب اخذ عين حقه
لكونه متقدما على الهبة يستوى فيه القضاء والرضا **قوله** فله ان
يردها وان كان المشترى شرط البراءة منه اي للشفيع ولاية
الرد بالعيب وان كان المشترى ابرأ البائع من عيب المبيع واسقط
خياره فيه **قوله** ولا يسقط شرط البراءة من المشترى اي لا يسقط خيار
العيب من الشفيع بشرطه من المشترى اذا شرط المشترى براءة
البائع من العيب حالة الشراء **قوله** فلا يملكها اسقاطه اي لا يملك المشترى
اسقاط خيار الشفيع بالعيب والرؤية

فصل في الاختلاف

لما ذكر حكم اتفاق الشفيع والمشترى ذكر حكم اختلافهما لان الاصل عدم
الاختلاف **قوله** قال واذا اختلف الشفيع والمشترى في الثمن فالقول
قول المشترى اي قال القدورى في مختصره اذا قال المشترى اشتريت
بالفين وقال الشفيع اشتريت بالف فالقول قول المشترى مع يمينه
لان الشفيع يدعى على المشترى استحقاق المبيع بما ذكره من الثمن
والمشترى ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ههنا
لان المشترى لا يدعى على الشفيع شيئا لان الشفيع مخير بين اخذ
المبيع وتركه فلم يتحقق كونه مدعى عليه لانه هو الذي اذا ترك الدعوى
لا يترك والشفيع اذا ترك الدعوى يترك فلم يكن اختلافهما في معنى
ما ورد به النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لا يجرى التحالف **قوله** لتخيره
اي لتخير الشفيع بين تركه واخذه اي لم يرد نص في التحالف اختلاف الشفيع
بينه والمشترى **قوله** قال ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشترى اي قال القدورى في مختصره

اعلم

اعلم ان الزوائد فاحدهما التي فيه على الاثبات فكانت بينته لانه نور
دعواه بالحجة واذا اقاما جميعا بينة الشفيع اولى عندهما خلافا لابي يوسف
له ان المشترى بمنزلة البائع في حق الشفيع لانه يستفيد الملك من جهته
ثم البائع والمشترى اذا اختلفا في الثمن واقاما البينة كانت بينة
البائع اولى لانها تثبت الزيادة والبينات شرعت للاثبات فكذلك ههنا
كانت بينة المشترى اولى لانها تثبت الفضل فصارت كبينة الوكيل مع بينة
الموكل في اختلافهما في قدر الثمن حيث تكون بينة الوكيل اولى وكذلك
اذا اختلف المشترى من العدو والمولى القديم في ثمن العبد الذي باعه
العدو تكون بينة المشترى اولى ولهما انه لا تنافي بين موجبي
البينتين فيجعل كأن الامرين كانا فيتجدد للشفيع البيع بالف
ويفسخ المشترى البيع بالفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء اخذ بالتي
بينة الشفيع وان شاء اخذ بما اثبته المشترى وعلة اخرى احتج
لها ابو يوسف ولم يأخذ بها فقال البينات وضعت للالزام وبينة
الشفيع ملزمة لانه يأخذ الدار ببينته شاء المشترى او ابى وبينة
المشترى ليست بملزمة لان للشفيع ان يأخذ الدار وان يتركها فصحت
للالزام فكان الاخذ ببينته اولى ولانها بينة المدعى لان
حد المدعي من اذا ترك الدعوى ترك والشفيع بهذه الصفة فكان العمل
ببينته اولى وذكر صاحب المغني ما قاله في شرح الطحاوى وهو ان لابي حنيفة
علتين في هذه المسئلة احداهما احتج بها ابو يوسف لابي حنيفة ولم
يأخذ بها والاخرى احتج بها محمد واخذ بها واما علة ابي يوسف
فلان الشفيع ههنا اثبتها مدعيا لان علامة المدعي ان يكون
مخيرا في دعواه واذا ترك دعواه ترك وههنا الشفيع مخير في
الدعوى والمشترى مجبور على الدعوى والبينة انما تقبل من المدعي
واما علة محمد لابي حنيفة التي اخذ بها فهو ان المشترى ظهر منه
اقراران اقرار لما قاله الشفيع واقرار بقوله هو وقد ظهر
في حق الشفيع عقدان فجاز ان يكون له ان يأخذ بايهما شاء اذ كان
العقد الثاني لا يفسخ العقد الاول الا ترى انهما لو تبايعا بعبد
دارا بالف درهم ثم تبايعا بالفين فان العقد الثاني يرفع العقد
الاول في حقهما وفي حق الشفيع كلاهما قائمان حتى كان له ان يأخذ
بأي العقدين شاء كذلك ههنا وهذا بخلاف البائع مع المشترى
اذا اختلفا واقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع

ولان ثمة لم يظهر الا عقد واحد لان العقد الثاني يرفع العقد الاول في حقه
فكذلك على العبارة الاولى لان البائع اشبه بالمدعي لانه لو ترك دعواه
ترك ولو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار قيمة العرض
الذي هو بدل الدار فالقول قول المشتري مع يمينه
فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري ايضا لانه
اثبت الفضل وهذا قولهما وهو قول ابي حنيفة على قياس العلة
التي اعتل بها محمد لانه ما ظهر هنا الا عقد واحد وهو العقد على
عوض بعينه وانما اختلفا في قيمة العرض الذي وقع عليه العقد
وفي قول ابي حنيفة على قياس العلة التي اعتل بها ابو يوسف ينبغي ان
تكون البينة بينة الشفيع لانه اشبه بالمدعي وهكذا ذكر الطحاوي
كذا في شرح الطحاوي والجواب عما قاس على بينة الوكيل
فنقول اولا قلنا ان بينة الوكيل اولى لان القدوري ذكر في شرح مختصر
الكرخي ان ابن سماعة روى عن محمد ان بينة الموكل اولى لان
البينتين تعارضتا في قول الوكيل احدهما له والاخرى عليه فالتي عليه
اولى فاذن لا فرق بين المسئلتين واما على الرواية المشهورة
سلمنا ان البينة بينة الوكيل ولكن نقول الشراء يقع اولا للوكيل
لنفسه اولا ثم ينتقل منه الى الموكل فكانما ينعقد بين الوكيل والموكل
عقد اخر حكما فيفسخ العقد الاول بينهما فلا يظهر في حقه الا عقد
واحد بين الوكيل والموكل فصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري
ثم البائع والمشتري اذا اختلفا واقاما البينة كانت بينة البائع
اولى فكذا تكون بينة الوكيل اولى لانه كالبائع بخلاف اختلاف
الشفيع والمشتري فان العقدين ثابتان في حق الشفيع فيأخذ بايهما شاء
لان الفسخ لا يظهر في حقه وهذا معنى قوله وهو التخريج لمسئلة الوكيل
والجواب عما قاسه على المشتري من الغير فنقول لا نسلم ان بينة
المشتري اولى من بينة المالك القديم لان محمدا ذكر في السير الكبير ان
بينة المالك القديم اولى فنمنعه ولئن سلمنا ان بينة المشتري اولى
كما هو ظاهر الرواية فنقول لا يظهر العقد الثاني بين المشتري وبين
المالك القديم لانا نقول انفساخ العقد الذي جرى بين المشتري وبين العدو
فلم يظهر الا عقد واحد فكان للمشتري ان ادعى وهو بينة المشتري
بخلاف ما نحن فيه فان العقدين جميعا ثابتان في حق الشفيع فله
ان ياخذ بايهما شاء قوله ولان بينة الشفيع ملزمة فعدا البائع

عطفا

عطف على قوله لانه لا ينافي قوله فان كان ادعى المشتري ثمنا
وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع
وكان ذلك حطا عن المشتري اي قال القدوري في مختصره هذا اذا لم يكن بين
ان يكون الدار في يد البائع او في يد المشتري اذا لم ينقد الثمن فالقول
في ذلك قول البائع مع يمينه وان كان اكثر مما قالا جميعا اي انكر
الحط الكرخي عن ذلك لان البائع اذا ادعى انه باع بالفين وادعى
المشتري والشفيع بالف لم يجز استحقاق حكم البائع الا بقوله في الحال
بينة اذا ان يقدر على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان
فالقول ما قال البائع واذا قال البائع بعتها بالالف وقال المشتري
بالفين فالقول ما قال البائع لان الامر ان كان على ما قال ووجبت
الشفعة وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن
وحطه يثبت في حق الشفيع فاما اذا قبض البائع الثمن ثم تلف
الى قوله وكان القول قول المشتري مع يمينه لانه استوفى حكم العقد
فصار كالاجنبي فلا يلتفت الى قوله كذا ذكر القدوري في شرحه
وتمام البيان فيه ما قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي واذا
اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار
مقبوضة او غير مقبوضة اخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء
وهذا على وجهين اما ان يقع الاختلاف بينهم على وجه يدعي
البائع اكثر الثمنين او المشتري اما اذا ادعى البائع اكثر الثمنين
بان قال بعتها بالفي درهم والمشتري يقول اشتريتها بالف والشفيع
يقول اشتريتها بخمسمائة فان المشتري مع البائع يتحالفان لاختلافهما
في الثمن وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذ الشفيع
بذلك ولو تحالفا يفسخ القاضي البيع بينهما وتعود الى ملك البائع
وياخذ الشفيع الدار من يد البائع بما يقوله البائع لان فسخ البيع لا يوجب
بطلان حق الشفيع وهل يحلف البائع ينبغي ان لا يحلف لانه حلف
مرة وان كان الاختلاف على وجه يدعي البائع اقل الثمنين حد
بقول البائع لان الثمن ان كان كما قال فظاهر وان كان اكثر
من ذلك فقد حط الثمن عن المشتري والحط عن المشتري يكون حطا
عن الشفيع وهذا اذا كان الثمن غير منقود وان كان الثمن منقودا
كما هنا وقد اقر بانه استوفى كل حقه لا يبقى له حق فيخرج من البين
بقي الدعوى بين الشفيع والمشتري فياخذه بما يقوله المشتري ان شاء

[illegible]

[illegible]

الآمر ك

لانه يدعي التملك عليهما وهو المشتري ينكر فيكون القول قوله
ان المشتري بمنزلة البائع في حقه بمنزلة لانتقالها اليه لانه لا عقد
بينهما وان كان نقد الثمن غير ظاهر ولكنه بقرينة اقراره ان
الثمن الف درهم وقد استوثقه بأخذه بما يقوله البائع لانه اخبر
عن الثمن في حال له ولاية البيان فيبنى الحكم عليه وان قال
استوفيت الثمن وهو الف درهم والمشتري يقول الثمن الف درهم يأخذ
الشفيع بقول المشتري لانه لما أقر بالاستيفاء انتهى والاخرج من البين
فلم تقبل بيانه وصار خارجا من البين ولو قال البائع بعته بالفي
درهم ثم قال استوفيت الالف درهم لم يأخذها الشفيع الا بالفي
درهم لان الحكم يظهر بقول البائع فيسمع بيانه لانه لم يقر
باستيفاء كل حقه **قوله** وإذا كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري
ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع اي قال القدوري في مختصره وذلك لان
البائع لما قبض الثمن صار كالاجنبي ولم يلتفت الى قوله كقول الاجنبي
قوله ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار
بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالالف ذكره بعد هذا على ما قاله
المختصر اي قال القدوري في شرحه فالحاصل ان البائع اذا قال بعت الدار
بالف وقبضت الثمن وقال المشتري بالفين فان الشفيع يأخذها
بالالف لان البائع لما بدأ بذكر الثمن تعلقت الشفعة به فاذا قال بعد
ذلك قبضت الثمن فهو يريد ان يسقط الحق الذي ثبت للشفيع فلا
يقبل قوله ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله
لانه لما ابتدأ بالاعتراف بالقبض لم يبق له حق في العقد فلم
يقبل قوله بعد ذلك كالاجنبي وروى الحسن عن ابي حنيفة ان البائع
اذا اقر بقبض الثمن والمبيع في يده وزعم انه الف وقال
المشتري الفان فالقول قول البائع ويأخذ الشفيع من يده بالالف
ويقال للمشتري اتبع البائع فخاصمه في الالف الاخرى وهو صحيح
لان البائع انما يسقط قوله بقبض الثمن لكونه لم يبق له حق في المبيع
فصار كالاجنبي واما اذا كان المبيع في يده فهو الخصم والشفعة
مأخوذة من يده فلذلك رجع الى قوله **فصل فيما يأخذ به المشفوع**
اي في الثمن الذي يأخذ به الشفيع المبيع الذي له فيه الشفعة
فان حط البائع بعض الثمن يأخذه محطوطا وان زاد المشتري
بعد البيع في الثمن لا يأخذه بالزيادة بل بما حله بما وقع عليه العقد

ثم ان

بالقيمة.

ثم ان كان الثمن مثليا يأخذه بمثله وان كان غير مثلي يأخذه
بقيمته وكذا العوض الى آخر ما بينه في هذا الفصل وهذا
هو الظاهر من كلام المصنف وبعضهم فسر ما يؤخذ به المشفوع صح
المبيع ومنه بعد ثم ان المصنف لما فرغ عن بيان نفس الشفعة
وسبب ثبوتها وشرائطها من الطلب ثم عن بيان الاختلاف بين
الشفيع والمشتري في الثمن شرع في بيان العوض الذي يعطيه الشفيع
لانه مترتب على ما قبلنا من ثبوت الشفعة وعن الثمن **قوله**
وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع
وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع اي قال القدوري في
مختصره وذلك لان الحط يلتحق باصل العقد على ما مر بيانه
في البيوع فيصير كأنه هو الموجود حالة العقد فيأخذ الشفيع
بذلك لانه يأخذه بالثمن والثمن هو الباقي بخلاف ما اذا حط
جميع الثمن حيث لا يلتحق باصل العقد فلا يسقط عن الشفيع
شيء فلا حاجة يأخذ بجميع الثمن لانه لو التحق باصل العقد يخرج
العقد عن موضوعه لانه يصير هبة لانه يبقى تمليكا بلا عوض
ولا يفسد في الهبة وقال في شرح الاقطع فان البائع اذا حط
في مجلس العقد شيئا فهو للشفيع وان كان بعد المجلس فليس
للشفيع خيار اخذها بجميع الثمن وهذا لا يصح لانه ثبت
الحط في حقه في المجلس ثبت بعده كالمشتري فان تعلق
حقه بعد لزوم العقد فلا يلحق به بحط جميع الثمن [illegible] لانه
هناك لو لحق لاخرج العقد عن موضوعه فلهذا لم يلحق و
حط البعض لا يخرج العقد عن موضوعه فيلحق كما في المجلس
قوله وقد بيناه في البيوع اي في فصل قبيل باب الربا **قوله**
وان زاد المشتري البائع لم تلزم الشفيع الزيادة هذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لان في الزام الزيادة الشفيع ابطال
حقه الثابت لانه صح في الشفعة المتعلق بالعقد الاول وفي الزيادة
ضرر به فلا يكون دفع ذلك ثم اخذ بالزيادة جائز لان له
ان يسقط حقه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي وان زاد
البائع في الثمن زيادة بعد العقد اخذ الشفيع الدار بالثمن الاول
فلا يصح تغييرها في حقه وكذا لو باعها المشتري من آخر
بثمن اكثر من ذلك كان للشفيع ان يأخذها بالثمن الاول من المشتري

الا اخذ ويرجع المشتري الآخر على البائع الثاني بما بقي له لان حق الشفيع
تعلق بالعقد الاول ويكون العهدة على المشتري الاول لانه اخذه
بقضية العقد الاول وفي نقض العقد الثاني لم يسلم للمشتري
الدار فيرجع بالثمن وقد وصل اليه بعضه من جهة الشفيع فيرجع
بالبقية على بايعه ان كان دفع الثمن اليه ولو اخذه بالبيع الثاني
كان له ذلك ولا يكون نقضا للبيع الاول وهو نظير سبب الاستحقاق
الشفعة بالبيع الاول ومتى اخذه بالشرا الثاني من يد المشتري الآخر
كانت العهدة عليه ولا يرجع على بايعه بشي لانه وصل اليه تمام
حقه وكذلك لو وهبها المشتري وسلمها او رهنها او تزوج عليها امراة
كان للشفيع ان يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى لان هذه
التصرفات تبطل حقه في البيع الاول فكان له حق النقض تحصيلا
على ملكها للمشتري ويأخذ بالحق الذي له وهذا بخلاف المشتري شرا
فاسدا اذا تصرف شيئا من هذه التصرفات لا يكون للبائع حق النقض وان
كان حق الاسترداد ثابتا له لانه فعل ما فعل بتسليطه فجاز ان
لا يكون له حق النقض لتعلق حق الغير به بخلاف الشفيع وليس لواحد
من هؤلاء على الشفيع شي من الثمن لان الثمن للمشتري ولا الا ان التمليك
متقدم وقع عليه ولا ياخذ الدار الا بعد نقد الثمن لانه عند تحول الصفقة
اليه نزل منزلة المشتري والمشتري منزلة البائع فلا يكون له سبيل
من اخذه حتى يصل الثمن الى بايعه قوله فان كان اشترى دارا
بعرض اخذها الشفيع بقيمته اي قال القدوري في مختصره والعرض
بفتح العين وسكون الرا ما ليس بنقد كذا في ديوان الادب والمراد منه
المتاع القيمي وقال الفقيه ... في شرح مختصر الكرخي فهذا اذا وجبت الشفعة
في البيع اي في الجملة بعقد التقابض فان كان البدل مما له مثل
وجبت الشفعة بمثله وان كان مما لا مثل له وجبت القيمة
... الدار ... ذكر ان الشفيع
انما يتملك المبيع على الوجه الذي يملكه المشتري فاذا استحقه بكيل او
موزون او معدود غير متفاوت استحقه الشفيع بمثل ذلك لان المثل
اعدل من القيمة وان كان البدل مما لا مثل له فالقيمة اعدل من المثل
فكان للشفيع الاخذ بالقيمة ثم ان الشفيع انما يملك المشتري بعد
استحقاق المبيع عليه فصار كانه اتلف عليه الثمن فان كان له مثل
وجب مثله والا وجبت قيمته كما يجب في الاتلاف فان استحق من البائع

فقد استفاد حق البائع من الثمن الذي لزم المشتري فكانه اتلفه عليه
والذي قاله اهل المدينة فاسد لان من اشترى دارا بقيمتها الف
بعرض قيمته الف ثم اوجبنا الشفعة بقيمة الدار استحقها
على البائع ببدل لم يرض به وهذا لا يصح لان البائع
لم يرض الا بالعوض ولم يرض بالقيمة لان القيمة اي من جنس الثمن في
هو المالية مثل فيما لا مثل له وقد استحقت الشفعة قوله وان
اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله وهذا لفظ القدوري ايضا
ووجهه ما بيناه قوله وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد
منهما بقيمة الآخر وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان كل واحد
من البدلين مما لا مثل له فياخذ الشفيع بقيمة بدله قوله
قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال
وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها اي قال القدوري في مختصره
وهذا قول ابي حنيفة في الجديد وقال في القديم ياخذها بثمن مؤجل فان
كان الشفيع غير ملي طالبه بكفيل كذا في شرح الاقطع وهذا اذا
كان الاجل معلوما فاما اذا كان مجهولا كالحصاد والدياس ونحو ذلك
وقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها لم يكن له ذلك لان الشرا بالاجل
المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشرا الفاسد كذا في
الذخيرة وجه قول ابي حنيفة في القديم وهو قول زفر ان الاجل
احدى صفتي الثمن فكان للشفيع الاخذ بها كالحلول وكما في الجودة
ولنا ان الاجل لا يثبت الا بالشرط ولم يوجد بين الشفيع والمشتري اجل
فلم يثبت ولان الاجل مدة ملحقة بالعقد كالخيار ومعلوم
ان المشتري لو شرط الخيار لنفسه ثم اخذها الشفيع لم يثبت له
خيار لانه لم يشترط له فكذلك هذا واذا لم يثبت الاجل في حق الشفيع
كان بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال وكان الثمن للبائع على المشتري
الى اجله وذلك لان ملكها ينتقل من المشتري الى الشفيع فكانه
باع الدار بثمن حال والشرط الذي جرى بين البائع والمشتري
يبقى بينهما كما كان لانه لا يبطل باخذ الشفيع ولا نسلم ان الاجل
صفة الثمن فلو كان صفة له لكان تابعا للثمن فكان حقا له والثمن حق
البائع والاجل حق المشتري فعلم ان الاجل ليس بوصف للثمن والاخذ
بالحال لا يؤدي الى الاضرار بالمشتري والاخذ بالمؤجل اضرار به
لانه قد يتاجل لعسر اختياره ... قال القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي

وان شا صبر حتى يحل الاجل

وعند زفر وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في هذه المسألة أن الشفيع
يجب أن يطالب عند علمه بالبيع فإن سكت عن الطلب حتى حل الأجل
فلا شفعة له وقال ابن أبي مالك كان أبو يوسف يقول هذا ثم رجع فقال
إذا سكت ثم طلب عند حلول الأجل فإن له الشفعة وجه رواية
أن الشفعة وجبت بالعقد ولهذا اعتبر أخذها بثمن حال وإنما تأخر
الأخذ لأجل صفة الثمن فإذا ترك الإشهاد بطل وجوب الشفعة
كما لو ترك ووجه رواية ابن أبي مالك أن الطلب إنما يحتاج إليه
للأخذ فإذا كان لا يتمكن من الأخذ لا يؤثر في شفعته تأخير تركه للطلب
قوله ولا يأخذ الشفعة به أي بالثمن قوله فلتقي الوصاية أي الأجل
قوله في الملاءة أي في الغنى وهو بفتح الميم مصدر قولهم مَلُؤَ الرجل
والملي الغني المقتدر قوله ثم رآه غبنه أي ع عه بالتولية قوله
كما بينا من قبل إشارة إلى قوله في لحوق طلب الشفعة وهو قوله
لامتناع تسليم المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ قوله
خلافا لقول أبي يوسف الآخر مرة ذكرنا قبل هذا رواية بشر وابن أبي مالك
عن أبي يوسف قوله وإذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير
وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير أي قال
القدوري في مختصره وقال إن رأى أن لا شفعة فيها فإن سلم المشتري
للشفيع الشفعة وهما ذميان لم أعترض عليهما وإن أسلما كذا
ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي لنا العمومات الواردة في باب
الشفعة مثل قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه ولأنه يقر على
أهل الذمة في جواز التبايع على الشفعة أصله المبيع بسائر المباحات
ولو أن البيع بخمر فلا تجويز الشفعة كما لو باع بها المسلم لأنا نقول
المسلم ممنوع من تمول الخمر والتصرف فيها والكافر ليس بممنوع
وقال القدوري وهذا فرع على أصلنا أن بيعهم في الخمر والخنزير جائز
تجب الشفعة فيه كالبيع بالخل وإنما قال فإن كان الشفيع ذميا أخذها
بمثل الخمر لأنه يصح ضمانه له بمثله فإن كان خنزيرا أخذه
بقيمته لأنه لا مثل له وإن كان الشفيع مسلما أخذها بقيمة الخمر
والخنزير لأن المسلم لا يجوز أن يضمن تسليم الخمر في ذمته ويجوز أن
يلزمه قيمته كالذمي كما لو استهلكها عليه قوله قال
وإن كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير أي قال القدوري
في مختصره وقد مر بيانه آنفا وإنما يأخذ بقيمة الخمر لأنه ليس

بمثلي

بمثلي في حق أو يأخذ بقيمة الخمر أيضا وإن كان مثليا لأن المسلم ممنوع
من تمليك الخمر وتملكها فكانت كغير المثلي وتمامه مر في البيوع روينه
ما قال في شرح الكافي وإذا اشترى الكافر من كافر دارا بخمر أو خنزير
وشفيعها كافر أخذها بخمر مثل كيل الخمر وبقيمة الخنزير لأن
البيع بالخمر والخنزير صحيح فيما بينهم فيثبت للشفيع حق الشفعة كأن
كان ثمنا مثليا أخذها بمثل الخمر لأنها مثلية وبقيمة الخنزير
لأنه ليس بمثلي وإن كان الشفيع مسلما أخذها بقيمة الخمر أيضا لأن
أخذها بمثل الخمر في حقه متعذر وإن اشتراها بميتة
أو دم فالشراء باطل لأن الميتة والدم ليس بمال في حق أحد ولا شفعة
له فيها لأن الشفعة لا تثبت بالبيع الباطل وإذا اشتراها بخمر
وشفيعها كافر ثم أسلم فهما سواء في الشفعة لأنهما سواء في حق حق
المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والكافر نصفها بمثل نصف الخمر
لأن الأخذ بالمثل ممكن في حقه فإن أسلم قبل أن يأخذها لم
تبطل شفعته لأن الإسلام ليس بمبطل للحقوق ولكن يأخذ بقيمة الخمر
كما لو كان الأصل سواء وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة
والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لما عرف في البيوع
أن للقبض حكم التمليك فصار كأحد العوضين كأن لم يملكه فينتقض
العقد ضرورة ولكن لا يبطل الشفعة لأن انفساخ البيع فيما لا يبطل
به الشفعة ثم يأخذها الشفيع بقيمة الخمر إن كان مسلما أو كان الآخذ منه
مسلما وقال في الأصل أيضا ولو اشترى ذمي من ذمي دارا بخمر بعينها أو
بغير عينها ثم أسلما بطل البيع دون الشفعة لأنه حق محترم ثبت
بالبيع والطلب فلا يبطل بعارض بعده وقال أيضا ولو اشترى بيعة
كنيسة فلا شفعة فيها لأنه لم يتصرف فيها عند أبي حنيفة وعندهما
أيضا لأنه ليس بمباح وقال أيضا ذمي باع دارا بميتة لا شفعة فيها
لأنها باطل حتى أنهم لو كانوا يتمولون بها يثبت الشفعة وقال
لو باع المرتد دارا ثم قتل لا شفعة فيها عند أبي حنيفة
خلافا لهما لأن عند أبي حنيفة تصرف المرتد موقوف فإذا اتصل
به الموت حكم بأنه لم يكن صحيحا وعند أبي يوسف هو بمنزلة المريض
وعند محمد بمنزلة من عليه القصاص تصرفه صحيح فكذلك هاهنا
فلو أسلم قبل اللحاق جاز بيعه وللشفيع الشفعة بالإجماع ثم عرف
وقال أيضا اشترى المسلم دارا أو المرتد شفيعها فقتل لا شفعة له

ولا تورث لانه بالفعل يبطل ادنى حكم من زوال ملكه وقت البيع ولا تورث
ولان الملك ليس بشرط حقيقة في حال الشرى الموت لم يقبل لم يبطل
شفعة الشفيع لان شفعته متعلقة بالخروج من ملك البائع وقد
خرج وقال ابن الهمام من في داره لمسلم الذمي حق
الشفعة وقال ابن الهمام المسلم اشترى في دار الحرب دارا كما في شفعتها
لا شفعة فيها وان اسلم اهلها لان احكامنا غير جارية فيها فلا
شفعة قال السغناقي كذا في الشامل **فصل** لما فرغ من بيان مسائل على
تقدير المشروع زيادة او نقصانا شرع في فصل الغير وفي التغيير
شرع على تقدير المتغير لان الاصل عدم التغيير والفرع بعد
الاصل ذكرنا ... ان ذكر هذا الفصل بعد الفصول المتقدمة
قوله قال واذا بنى المشتري او غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة
فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء
كلف المشتري قلعه قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل دارا وهي ساحة فبناها
ثم جاء شفيعها فطلبها بالشفعة فحكم له بها قال المشتري تعال له
اقلع بناءك وسلم الساحة الى الشفيع وهذا قول ابي حنيفة
وزفر ومحمد وهو رواية محمد عن ابي يوسف وهو رواية ابن
سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك عن
ابي يوسف وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف ان الشفيع بالخيار
يقلع البناء ويقال للشفيع خذ الدار بالثمن وبقيمة البناء او اترك
وهو قول الحسن بن زياد وروى الحسن بن ابي مالك انه رجع الحسن بن زياد
بعد ما كان قوله قول ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال
القدوري في شرحه والخلاف في الغرس كالخلاف في البناء وقال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن اشترى دارا وقبضها ثم بنى فيها بناء
او غرس في الارض اشجارا ثم حضر شفيعها قال القاضي يقضى له
بالشفعة ويأمر المشتري بنقض البناء وقلع الاشجار الا اذا
كان ... الا اذا كان في قلع الاشجار نقصان بالارض فاراد
الشفيع ان ياخذها مع البناء والاشجار بقيمتها مقلوعا غير ثابتة
فله ذلك هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروى عن ابي يوسف انه لا يجبر
المشتري على قلع البناء والغراس ولكن الشفيع بالخيار ان شاء
اخذها مع البناء والاشجار بقيمتها ثابتة على الارض غير مقلوعة

بلغ المقابلة

وان

وان شاء ترك وبه اخذ الشافعي ولو ان المشتري زرع في الارض زرعا حتى الشفيع
فان المشتري لا يجبر على قلعه بالاجماع ولكنه ينتظر الى وقت الادراك
ثم يقضي للشفيع ولو جعلها المشتري مسجدا او مقبرة يدفن فيها
الموتى او رباطا ثم جاء الشفيع كان له ان ياخذها ويبطل كل ما صنع المشتري
فيها الى هنا لفظ شرح مختصر الطحاوي وجه قول ابي يوسف ان
بناء المشتري وقع فيما يملكه فكان محقا في البناء فلا يؤمر بقلعه
كمن بنى في دار لا شفعة فيه ولان الامر بالقلع من نتائج العدوان
وهو ليس بمتعد في البناء كالموهوب له اذا بنى كذا فيه ان في
الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه
بيانه فيما قال ابو حنيفة ومحمد وهو اخذ الدار بالثمن الاول دون
قيمة البناء والغرس ضررا بالمشتري لانه يزول حقه عنه بلا عوض
يقابله وفيما قال ابو يوسف وهو اخذ الدار بثمنها مع قيمة البناء و
الغرس ضررا بالشفيع لانه يلزمه زيادة على الثمن الاول وهذا
الضرر ادنى من الضرر الاول لانه يدخل في ملك الشفيع عوض وهو
البناء والغرس يقابله ضرر زيادة قيمتها فكان اهون الضررين
فوجب المصير اليه ووجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى في محل
تعلق به حق الغير متأكدا من غير تسليط من جهته فينقض
بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون ولان حق الشفيع اقوى بسبب انه
ينفذ تصرفه على الملك فكان له ان يأخذ بعقد البناء ولانه يتصرف
من المشتري تؤدي الى زيادة البدل على الشفيع فكان للشفيع ان يكلفه
لما لو باع باكثر من الثمن الاول ولا يقال لو جوزنا قلع البناء يلزم
الاضرار بالمشتري لانه لا يقدر على البناء والغرس بجهة الشفعة
وانما وجب نقضه لازالة الضرر عن الشفيع فلا يوجب على وجه يؤدي
الى الاضرار بالمشتري لانا نقول الاضرار بالمشتري لم يكن من الاتلاف
... نفسه لا من غيره فلا ... لانه بنى في محل تعلق به
حق الغير **قوله** والمشتري ... ها هنا احتجاج على ابي يوسف
على ابي حنيفة ومحمد انه ... المشتري شرى ... اذا بنى
او غرس في المبيع انقطع حق البائع ... قيمة الارض
... القبض على قول ابي حنيفة وليس له ان يقلع الاشجار والبناء
وفي قول ابي يوسف ومحمد يسترد المبيع ويقلع البناء والاشجار
كذا في شرح الطحاوي فكذا المشتري اذا بنى في المشفوع ليس للشفيع ان يقلع
ذلك

عن عباس قول ابي حنيفة لانه يحوج البنا **قوله** بخلاف الموهوب له حيث
عن عباس ابي يوسف على الموهوب له اذا بنى في الموهوب حيث لا يكره
للواهب حق الرجوع يتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق
يعني الى الواهب اما لا ينقض بناء الموهوب له لانه حصل بتسليط
منه فيسقط حق الرجوع في البنا والشفيع لم يسلط المشتري على
البنا فينقضه ويظهر الفرق وكذا المشتري شرا فاسدا لا ينقض
البائع بناه لوجود التسليط منه **قوله** فيها اي في المصدر بشرا الفاسد
قوله ولهذا لا يبقى بعد البنا هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد
في الهبة والشرا الفاسد وفيه نظر لان حق الاسترداد بعد البنا
في الشرا الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب
ابي يوسف وقد مر النقل عن شرح الطحاوي آنفا فكيف يحتج بمذهب
ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك
لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البنا باق في الشرا الفاسد
قوله وهذا الحق اي حق الشفيع يبقى بعد بنا المشتري فلا يخفى
اذن لا يجب قيمة البنا والغرس على الشفيع كما قال ابو يوسف **قوله**
كما في الاستحقاق يعني ان الشفيع اذا بنى وغرس في الارض ثم استحق
يرجع بالثمن لا غير ولا يرجع بقيمة البنا والغرس كما في المسئلة
التي تليها وليس معناها ان المشتري اذا بنى او غرس في الارض ثم استحقت
لا يرجع بقيمة البنا والغرس لانه يرجع بقيمتها لا كما قال
في كفاية شرح ... لو ان المشتري بنى في الدار بنا ثم استحقها
رجل بالبينة ونقض عليه بناه فللمشتري ان يرجع على البائع بالثمن
وبقيمة بنائه مبنيا اذا سلم النقض الى البائع وان حبس النقض
ولم يسلم الى البائع لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة **قوله** وان
اخذه بالقيمة يعني بقيمته مقلوعا يعني ان الشفيع بالخيار ان شاء
اجبر المشتري بقلع البنا والغرس وان شاء اخذ المقلوع بالثمن وقيمة
البنا والغرس ويعتبر في القيمة قيمتها مقلوعين وعند ابي يوسف قيمتها
ثابتين على الارض ولا يعتبر ذلك **قوله** كما بيناه في الغصب يعني ان
للغاصب اذا بنى او غرس في المغصوبة يؤمر بقلع البنا والغرس
فان كانت الارض ينقص بقلع البنا والغرس فللمالك ان يضمن
قيمتها مقلوعين للغاصب **قوله** ولو اخذها الشفيع فبنى فيها
او غرس ثم استحقت رجع بالثمن هذا لفظ القدوري في مختصره

وتمامه

خامس وعشرون

مختصره

وتمامه فيه ولا يرجع بقيمة البناء والغرس قال الكرخي في
ما اذا اشترى الرجل دارا فاخذها الشفيع بالشفعة فبناها
ثم استحقت الدار فان المستحق ياخذ الدار ويقال للشفيع اهدم بناءك
ولا يرجع على المشتري بقيمة البنا ان كان اخذ الدار من يده ولا على
البائع ان كان اخذ الدار من يده لانه ليس بمغرور هو
ادخل نفسه في الاخذ بالشفعة واجبر ... على
تسليم ذلك اليه وهذه الرواية المشهورة فهي رواية محمد في
الاصول ولم يحك عن احد من اصحابنا خلافا وروى بشر بن
الوليد عن ابي يوسف قال سمعنا ابا يوسف سئل عن رجل اشترى دارا
واخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار من يده وقد بنى فيها على
من يرجع بقيمة البنا قال على الذي قبض الثمن وكذا ذكر في المنتقى
رواية عن ابي يوسف ان الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء
الى هنا لفظ الكرخي ووجه قول ابي يوسف ان الشفيع متملك
على المشتري فصار المشتري كالبائع والشفيع كالمشتري ثم المشتري
يرجع على البائع في صورة الاستحقاق بالثمن وبقيمة البنا فكذا
الشفيع ينبغي ان يرجع على المشتري بقيمة البنا ايضا ووجه المشهور
ان الرجوع بقيمة البنا انما يثبت للغرور الذي حصل من البائع حين
اوجب الملك للمشتري على وجه يتصرف فيه كيف شاء ولم يوجد في
المشتري لانه لم يغر الشفيع بايجاب الملك وانما اخذ الشفيع الدار
من يده بغير اختياره فلم يكن مغرورا وانما هو الذي غرر
نفسه فلا يرجع على غيره وليس هذا كالثمن لان الثمن انما رجع به
المشتري لانه عوض عن المبيع فاذا لم يسلم المبيع لم يسلم الثمن للبائع
وهذا المعنى موجود في الشفيع وعلى هذا قالوا في الجارية المأسورة
اذا اشتراها رجل من اهل الحرب فاخذها مولاها الاول من
يده بالثمن فاستولدها ثم استحقت رجع على المشتري من
اهل الحرب بالثمن ولم يرجع عليه بقيمة الاولاد لان الرجوع
بقيمتهم انما يثبت لاجل الغرور ولم يوجد كذا قال القدوري في شرحه
قوله واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر
البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بجميع الثمن
الى قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان شا ترك قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا ابا يوسف

بلغ المقابلة

قال في رجل اشترى دارا فتهدم بناؤها قبل ان يأخذها الشفيع فانه يقسم
الثمن على قيمة البناء مبنيا وعلى قيمة الارض فما اصاب الارض اخذها
الشفيع بذلك وهكذا قال ابو حنيفة وكذلك لو نزع بابا من الدار فباعه
وكذا لو احترق البناء حتى ذهب او غرق من غير فعله حتى ذهب لم يبق
منه شيء قال ابو حنيفة فان ذلك يأخذ الشفيع بجميع الثمن او يترك
فان انهدم البناء فكان على الارض مهدوما قال الثمن يقسم على قيمة
البناء مهدوما وعلى قيمة الارض فيأخذ الشفيع الارض بما اصابها
ولا سبيل له على البناء اذا زال عن الارض الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
وقال القدوري في شرحه انما تثبت الشفعة في البناء المتصل لانه في حكم
الجزء من العرصة بدلالة دخوله في العقد من غير تسمية واما اذا انهدم
فلا شفعة فيه عندنا ومن اصحاب الشافعي من قال الشفيع يأخذه مع
الدار وهذا فاسد لانه منفصل عما تعلقت به الشفعة فلم يكن للشفيع
اخذه كالثمرة واما اذا هدمه المشتري او هدمه اجنبي او انهدم
بنفسه ولم يهلك فان الشفيع يأخذ الارض بحصتها فان احترق
بغير فعل احد اخذها الشفيع بكل الثمن وللشافعي قولان احدهما
يأخذها بجميع الثمن في الجميع والاخر انه يأخذها بالحصة في الجميع
اما اذا احترق البناء فلان حق الشفيع كحق المشتري مع البائع ومعلوم الفتح صح
ان البناء اذا احترق في يد البائع كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ بجميع
الثمن وان شاء ترك لكن لا يسقط شيء من الثمن لانه تبع دخل في المبيع بغير
فعل احد فصار كما لو تلفت ثمرة البناء او تشقق الحائط واما اذا هدمه
المشتري فلان الاتباع لا حصة لها بالعقد ولها حصة بالقبض ولهذا
لو هدم البائع البناء سقطت حصته من الثمن فكذا اذا هدمه اجنبي الثمن
لان العوض سلم للمشتري فكأنه باعه وكذلك اذا انهدم بنفسه
ولم يهلك لان الشفعة سقطت عنه وهو عين قائمة فلا يكون ان يسلم
للمشتري بغير شيء ولان اتلاف المشتري اذا هدمه او هدمه
الاجنبي ان الثمن يقسم على قيمته قائما لانه دخل في ضمان المشتري
بالاتلاف وهو على هذه الصفة فاما اذا انهدم بنفسه فلم يدخل
في ضمان احدهما فاعتبرت قيمته على حاله مهدوما وقال القدوري في شرحه
وقد رجح الشافعي على ابي حنيفة في هذه المسألة ههنا بعضه فقال
وقال بعض الناس اذا هدم المشتري البناء سقطت حصته فان
احترق لم تسقط حصته وهذا تناقض فقال اذا غلب الماء على بعض الارض

احد

الارض
او غرق المشتري البناء بحصته من الثمن قال القدوري وهذا غلط لان
البيع بعضها تبع لبعض فاذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها فكذا اذا ثم لم يسلم
البناء تبع للارض فاذا سلم للمشتري سقطت حصته فان لم
يسلم له سقطت حصته ثم اعلم انه ثبت للشفيع في صورة انهدام
الدار شفعتها بين اخذه بجميع الثمن وبين تركه فيما اذا انهدمت
وهكذا البناء فاما اذا هلك البناء فاخذ الشفيع الارض بحصتها
وقد بيناه آنفا قوله فان اراد ان ينقض المشتري البناء قيل
للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه وليس له ان يأخذ النقض قال
في شرح الاقطع قال في شرح الاقطع قال ان فيه احد قوليه يأخذ
الانقاض مع العرصة وهذا لا يصح لان النقض تبع وان الاتباع
لا حصة لها بالعقود وتصير بالقبض فاذا لم يقبضها المشتري بالعقد
ضمنها بنقضه لانه صار متلفا لها فسقط حصتها عن الشفيع
الا ترى ان البائع لو نقض ذلك سقطت حصته عن المشتري
كذلك في حق الشفيع وانما لا يأخذ الانقاض لانها صارت هي ما ينقل
ويحول ومثل ذلك لا يتعلق به شفعة وانما تعلقت الشفعة بذلك حال
الاتصال على وجه التبع وقد زال ذلك فلا يجوز له اخذه لعدم سبب
فان قيل ان الاستحقاق ثبت له فيها حين العقد فكان له اخذ كل ما تناوله
عقد البيع قيل له الا انه يتعلق بها الشفعة حال اتصالها فاذا انفصلت
زال المعنى الذي اوجب استحقاقها كذا في شرح الاقطع وقال الشيخ الامام
علاء الدين السمرقندي في شرح الكافي واذا اشترى الرجل دارا فغرق
بناؤها او احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع ان يأخذها الا
بجميع الثمن لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فيصير الوصف
لا يسقط شيء من الثمن بل يخير ان المشتري له ان يبيعه
مرابحة على كل الثمن وكذلك لو كانت نخلا فيبست او اخذت
ثمارها ولو هدمها المشتري قسم الثمن على قيمة الارض
وقيمة البناء يوم وقع الشراء فاخذ الارض بحصتها من الثمن لانه
بالبناء وان لم يهلك صار مقصودا فاخذ قسطا من الثمن واخذ
البائع نقضه من الثمن ولا حق له في البناء لانه منقول وانما كان
يأخذه قبل النقض بسبب اتصاله بالملك وصيرورته تبعا وقد زال
هذا المعنى وكذلك ان كان البائع قد استهلك البناء وكذلك لو استهلكه اجنبي

فيأخذه المشتري القيمة ولو اختلفا في قيمة البناء فقال المشتري قيمته حصتها
وقيمة الأرض خمسمائة فكان يأخذها بنصف الثمن وقال الشفيع
بل كان قيمته ألف درهم فقد سقط بهلاكه ثلثا الثمن فالقول
قول المشتري لأن الشفيع يدعي عليه زيادة فيما يقول وهو منكر
فكان القول قوله ولو أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع في
قول أبي حنيفة على قياس نكتته أبي يوسف أو بينته ملزمة و
على قياس نكتة محمد يجب أن يكون البينة بينة المشتري
لأنه لا يمكن تصور الأمرين جميعا بخلاف ما إذا اختلفا في أصل
الثمن وعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشتري لأنه هو المثبت
للزيادة وإن اختلفا في قيمة الأرض يوم وقع الشراء نظر إلى
قيمته اليوم فيقسم الثمن عليها لأنه في كل حصته يوم المنازعة
معلومة وعهد الشراء قريب منه فالظاهر [illegible] كما هكذا يوم الشراء
فكان الظاهر شاهدا له فيكون القول قوله كذا في شرح الكافي **قوله**
بخلاف الأول أي بخلاف ما إذا انهدم البناء بغير فعلها وهكذا البناء
حيث يأخذها الشفيع بجميع الثمن لأن الهلاك ثمة بآفة سماوية
فأخذها بقسطها من الثمن لأنه لما هدمها صار البناء مقصودا
فسقط حصته والنقض [illegible] النقض البناء المنقوض **قوله**
ومن ابتاع أرضا وفي نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها قال
القدوري في مختصره وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي ذكر أن القياس
عندهم أن لا يجب الشفعة في الثمرة وهو قول الشافعي وذلك لأن هذا
لا يدخل في البيع إلا بالتسمية فصار كمتاع موضوع فيها وجه
الاستحسان أنهم قالوا فيها الشفعة لأنها متصلة بما تعلقت به الشفعة
فصار ذلك كالبناء وليس يمتنع أن يدخل في البيع بالشرط ويتعلق بها
الشفعة كالشرب والطريق الخارج وجملة العوارض على الأمر
وجه ذكرت في شرح الكافي فإن كانت الثمرة موجودة عند
العقد أو حدثت بعد العقد قبل القبض أو حدثت بعد القبض
فإن كانت موجودة عند العقد وذكر في العقد ثم أكلها المشتري
أو ذهب بآفة سماوية سقط بقسطها من الثمن لأنه دخل في
العقد مقصودا فيجد قسطا من الثمن فيأخذ النخل والأرض بما
بقي من الثمن وإن كانت حدثت بعد العقد قبل القبض إن
ذهبت بآفة سماوية لا يسقط بذهابها البتة لأن شيئا منها من الثمن

بذهابها

وإن أكله أو غيره لم يوجد وإن بأكله سقط حصته من
من الثمن كما في نماء دخل تحت القبض البيع تبقى فيما داورد
عليه فعل شبه القبض أو حقيقة القبض والقبض
بمنزلة العقد فأخذ قسطا من الثمن فيأخذ الأرض والنخل
بحصته الثمن ولو كان لو كان في [illegible] القبض ثم ذهب أو
ثمار له هو أو غيره لا عند ورود القبض عليه ما مقصودا
في العقد لأنه موجود عند العقد إن القبض بمنزلة العقد
في باب البيع لكونه مفيدا للملك من وجه وإن حدث بعد القبض
ثم أكلها أو ذهبت بآفة سماوية لا يسقط بإزائه
شيء من الثمن وله أن يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن
لأنه لما لم يوجد عند العقد ولا عند ما هو شبه بالعقد لم
يصر مقصودا في العقد وبقي تابعا والأتباع لا يقابلها من الثمن
قوله إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر في يد المشتري فالثمر
يعني يأخذه الشفيع أي يأخذ الشفيع الثمرة أيضا قال الشيخ أبو
الحسن الكرخي في مختصره ولو كان المشتري قبض الأرض والنخل لا ثمر
فيها ثم أثمر في يدي المشتري ثم جاء الشفيع والثمرة معلقة
في النخل فله أن يأخذ الأرض والنخل والثمر بالثمن إلا أن الذي
وقع عليه البيع لأنه دخله [illegible] الكرخي وذلك
لأن الثمر نماء من المبيع فلا يقابله زيادة في الثمن كزيادة
القيمة ثم قال الكرخي فإن كان المشتري قد حدث الثمر في يده
فجزه ثم جاء الشفيع وهو قائم أو قد استهلكه المشتري
ببيع أو أكل كان للشفيع أن يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن إن شاء
ولا سبيل له على الثمرة إلى هنا لفظ الكرخي لأن الثمن لم يقع
عليه العقد والتسليم الموجب للعقد إنما كان للشفيع حقه
لشفعته بالنخل فإذا انفصل سقط حقه ولم يسقط بإزائه شيء
من الثمن لأنه لا حصة له وليس هذا كالثمر الحادث في يد البائع
إذا تلف [illegible] البائع لأنه حدث قبل تمام البيع فصار حصة كالموجود
قبل العقد وفي مسألتنا حدث الثمرة بعد تمام البيع فلم
يدخل فيه فلم يكن لها حصة ثم قال الكرخي قال ابن سماعة
سمعت أبا يوسف قال في رجل اشترى من رجل أرضا وفيها كرم ولا
كرم فيه فأخذه المشتري وأثمر عنده فأكله ثم أثمر فأكله

ثم جاء الشفيع فالقاضي يأخذها بجميع الثمن قال ابن سماعة قال أبو يوسف
هذا القول كنت سمعت يعني أبا حنيفة وهو آخر ما سمعت منه
وقد كان يقول أقسم الثمن على الثمرة وعلى قيمة الأرض والنخل
فما أصاب الغلة وهي الثمرة أسقطته من الثمن ثم رجع فقال
يأخذها بجميع الثمن إلى ها هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله الأول
أن الشفيع مع المشتري بمنزلة المشتري مع البائع ولو وجد بينهما الثمرة
في يد البائع فأكلها سقطت حصتها عن المشتري كذلك إذا حدث في
يد المشتري قوله وما كان مركبا فيه كالأبواب والسرر المركبة قوله
على ما عرفت وللمبيعة يعني إلى آخره المسئلة إذا ولدت قبل
القبض يسري إليه حكم البيع فيكون الولد للمشتري فكذلك
هنا الحادث في يد المشتري قبل قبض الشفيع يكون للشفيع أخذه
تبعا لأن المشتري كالبائع من الشفيع قوله فإن أخذه المشتري
ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمن في الفصلين جميعا أي في فصل ما إذا ابتاعها
وفي نخلها ثمر وفي فصل ما إذا ابتاعها وليس في النخل ثمر فأثمر
في يد المشتري قوله قال في الكتاب أي قال القدوري في مختصره
فإن أخذه المشتري سقطت حصته وفي بعض النسخ جذه أي قطعه
قال الكرخي في مختصره فإن جاء وقد جزه البائع أو المشتري أو رجل
آخر فلا شفعة له في الثمرة ويأخذ الشفيع الأرض والنخل والشجر
بما يخصهما من الثمن ويطرح عنه ما يخص الثمرة ويقسم الثمن على
قيمة الأرض والنخل والشجر والثمرة يوم العقد في ذكر كل ما أصاب
الثمر سقطت حصته عن الشفيع وقيل له خذ الأرض والنخل و
الشجر بحصتها من الثمن إلى ها هنا لفظ الكرخي وذكر أن القياس
يمنع من ثبوت حق الشفيع فيها وإنما استحسنا لاتصالها بما تعلق به
الشفعة فإذا انفصلت فهي على أصل القياس وإنما سقطت حصتها
لأن العقد واقع عليها ولذلك اعتبرت قيمتها يوم العقد قال صاحب
الهداية وهذا جواب الفصل الأول أي الذي ذكره القدوري في
مختصره من سقوط حصة الثمر الذي أخذه المشتري من الشفيع
هو جواب الفصل الأول وهو ما إذا ابتاعها وفي النخل ثمر أما في
الفصل الثاني وهو ما إذا ابتاعها وليس في النخل ثمر ثم أثمر في
يد المشتري فأخذه المشتري لا يأخذ الشفيع ما سوى الثمر إلا بجميع
الثمن ولا يسقط شيء أصلا لأن الثمر ما دخل في العقد وقد حصل البائع
كذا

والله أعلم

باب

جزرت الشيء أجزره إذا قطعته كذا في الجمهرة

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب
فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لأن التفصيل إنما
يحتاج إليه إذا ذكر الإجمال قوله قال الشفعة واجبة في العقار
وإن كان مما لا يقسم أي قال القدوري في مختصره وقال المطرزي في
المغرب العقار الضيعة وقيل كل ما له أصل من دار أو ضيعة كذا في
المغرب قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الشفعة واجبة في
جميع ما بيع من العقار دون غيره بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم
على الدور والمنازل والحوانيت والخانات والفنادق والمزارع
والبساتين والأقرحة والأرحاء والحمامات وسائر العقار إذا وقع
البيع على رقبته أن يكون في مصر أو غيره أو سواد أو غيره كذلك
من أرض الإسلام إذا كان ذلك ملكا يجوز بيعه فهو كذلك إذا كان البيع
بيعا قاطعا ليس فيه خيار شرط فإن كان فيه خيار شرط وكان الشرط
للمشتري وجبت فيه الشفعة وإن كان للبائع فيه أو لهما فلا شفعة
فيه لأن خيار البائع يمنع أن يملك عليه ما باع وخيار المشتري لا يمنع
من خروجه من ملك بائعه وإنما تجب الشفعة بزوال ملك البائع عن
العقار فيكون الشفيع عند ذلك أحق به إلى ها هنا لفظ الكرخي والحاصل
أن الشفعة تجب عندنا في العقار الذي يجوز قسمته والذي لا يجوز قسمته
وعند الشافعي لا تجب في العقار الذي لا يجوز قسمته كالحمام والرحا
والبئر والنهر والدور الصغار وما لا يجوز قسمته أن لا ينتفع
به بعد القسمة الحسية مثل انتفاعه قبل القسمة نحو حبس
الانتفاع بها في الحمام ثم إنه لا يحتمل التجزي والقسمة في ذاته لأنه
ما من شيء في الدنيا إلا ويحتمل التجزي في نفسه وقد مر ذلك في أوائل كتاب
الهبة وجه قول الشافعي أن العلة في وجوب الشفعة دفع مؤنة القسمة
وهو الضرر الذي يلحق الشريك بأجرة القسام وهو فيما لا يقسم وهذا
المعنى موجود في الشركة في العروض ولا شفعة فيها ولنا ما روى الطحاوي
في شرح الآثار بإسناده إلى جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الشركة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط وروى أيضا بإسناده
إلى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفعة جاره
فإن كان غائبا انتظر إن كان طريقهما واحدا وروى أيضا بإسناده
إلى ابن أبي مليكة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الشريك شفيع والشفعة في كل شيء وهذه العمومات تشمل ما يقسم
وما لا يقسم

في جميع ذلك لان السبب وجوب الشفعة الاتصال بين الملكين لا الانفصال
على وجه القرار والتأبيد لا يتعرى عن ضرر الدخيل بسوء الصحبة
واذى المجاورة فوجبت الشفعة دفعا للضرر فالاتصال بهذه الصفة
يوجد فيما لم نقسم كما لا يخفى فتجب الشفعة فيه وقد مر بيان ذلك في اوائل
كتاب الشفعة **قوله** فلا شفعة في العروض والسفن اي قال القدوري
في مختصره وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي ولا شفعة الا في الارضين
والدور حتى لا تثبت في المنقول وقال ابن ابي ليلى تثبت في المنقول وقال
القدوري في شرحه وقال مالك تثبت في السفن ايضا وجه قوله ما روي عن
ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ولنا
ما روينا عن جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل
شرك بارض او ربع او حائط ولان الشفعة امر ثبت على خلاف القياس
بالنص والاجماع في العقار فلا نص ولا اجماع في المنقول والمنقول ليس
في معنى العقار فلا يقاس عليه لان الضرر اللازم في العقار دائم فمتى اذا
شركه في المساكنة اما ان يحمل اذاه او يبيعه وفي كل ضرر وليس لان
العقار لا تشترى عادة للبيع بل تقتنى لمصلحة المعاش وفي الحمل
ان اذاه وبيعه بسبب البيع ضرر لانه لا تقتنى عادة ولانها
منها تكون اشفاعا فلا يتحقق الضرر حالة الاشفاع والجواب عن حديث
الخصم محمول على ان المراد الشفعة في كل شيء من الدور والعقار و
الارضين بدليل انه لا تجب الشفعة في الحيوان الا ترى الى ما روى الطحاوي عن احمد
بن داود قال حدثنا يعقوب قال حدثنا محمد بن عيسى عن محمد بن عبد الرحمن
عن عطاء عن ابن عباس قال لا شفعة في الحيوان كذا في شرح الآثار **قوله**
لقوله صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربع او حائط والسائق صحح هذا
الحديث قال ربع الرجل بالمكان يربع ربعا اذا اقام به والربع
المنزل في الشتاء والصيف والمربع المنزل في الربيع كذا في الجمهرة
والحائط معروف وهو جمع الحيطان **قوله** حش وهو الكنيف
لمعنى القذر وهو مفتوح الشين ويكسر قوم كذا في الجمهرة
قوله وهذا بخلاف العلو اي علو وجوب الشفعة في البناء كما لا
العلو فان الشفعة تجب فيه قال الكرخي في مختصره وان بيع سفل
عقار دون علوه او علوه دون سفله او هما وجبت فيه الشفعة
بيعا جميعا او كل واحد منهما على انفراده وقال ابو يوسف لا تجب الشفعة
في السفل والعلو استحسانا وروى ذلك عنه ابو يعلى وبشر بن الوليد

وعلى البعد اي هذا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه
اما اذا بيعا جميعا فلا شبهة فيه لانه باع العرصة بحقوقها فيتعلق
الشفعة بجميع ذلك واما اذا باع العلو دون السفل او السفل دون العلو فلقوله
صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربع والبناء الذي بني فيها يعتبر على وجه
الدوام واما العلو فلانه حق يتعلق بالبقعة على التأبيد وهو
كنفس البقعة والذي قال ابو يوسف من الاستحسان انما هو في العلو
وكان القياس ان لا تجب فيه الشفعة لانه لا يبقى على وجه الدوام
وانما استحسنوا لان حق الوضع متأبد فهو كالعرصة قال
محمد في الزيادات ان العلو اذا انهدم ثم بيع السفل فالشفعة واجبة
لصاحب العلو عند ابي يوسف ولا شفعة عند محمد فاجرى ابو يوسف
حق الوضع وان لم يكن هناك بناء مجرى الملك لانه حق ثابت على التأبيد
كنفس الملك وقال محمد ان الشفعة انما تجب بالمجاورة فاذا لم يكن هناك
بناء لم يوجد المجاورة فلم تجب الشفعة وذكر محمد في الزيادات ان من باع
علوا فانهدم قبل التسليم بطل البيع ولم يجعل حكما قائما قال ابن شاهويه
هذا ينبغي ان يكون قوله خاصة فاما على قول ابي يوسف فيجب ان لا يبطل
البيع لبقاء حق الوضع الا ترى انه اجراه مجرى العرصة في ايجاب الشفعة كذا ذكر
القدوري في شرحه **قوله** اذا لم يكن طريق العلو فيه اي في السفل وهذا
لبيان ان استحقاق الشفعة فيه بسبب الجوار لا بسبب الشركة ولهذا قال
الشفعة لا تجب اذا كان طريق العلو فيه بل تجب الشفعة فيه ايضا لكن بسبب الشركة
لا بالجوار حتى يكون مقدما على الجار الا ترى الى ما نص الكرخي في مختصره
قال ولو كان ان رجلا له علو في دار وطريقه في دار اخرى الى جنبها
فباع صاحب السفل سفله فاصحاب الدار التي فيها الطريق اولى بالشفعة
الى هنا لفظ الكرخي وذكر انهم شركاء في الطريق فصاحب العلو
جار والشريك في الطريق اولى من الجار ولو لم يكن صاحب الطريق الشفعة
وللعلو جار ملاصق اخذه بالشفعة مع صاحب السفل لان كل واحد
منهما جار للعلو والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة كذا ذكر
القدوري **قوله** قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء اي قال القدوري
في مختصره وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واهل الاسلام في
استحقاق الشفعة واهل الذمة والمستأمنون من اهل الحرب في
العبيد المأذون لهم في التجارة والمكاتبون والمعتق
بعضه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء وكذا النساء والصبيان فيها وعليهم

او وجب عليهم من ذلك شيء من الخصاء كما يجب على الصبيان اباؤهم فان
لم يكونوا فأوصياء الآباء فان لم يكونوا فالاجداد من قبل الاب فان لم يكونوا
فاوصياء الاجداد فان لم يكونوا فالامراء والحكام يعينهم من ينوب عنهم
كذا ذكره اهل العراق واهل البلخ في الشفعة ايضا سوى الجهاد لهم الكرخي
قال القدوري في شرحه وقال ابن شبرمة لا شفعة للكافر وقال الخرقي
من اصحاب احمد بن حنبل ولا شفعة لكافر على مسلم ولنا ما روي ان شريحا
قضى لذمي على مسلم بالشفعة فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فاجازه ولانه
حق متعلق بالبيع فاستوى فيه المسلم والذمي كالرد بالعيب واما
المأذون فهو في حقوق البيع كالحر وكذلك المكاتب والمعتق بعضه
مكاتب عند ابي حنيفة وحر عندهما وكذلك النساء والصبيان لما مر او
وجب عليهم في ذلك شيء لقول النبي صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه ولم يفصل لما مر او وجب
ولان حقوق البيع يستوي فيها النساء والصبيان كالرد بالعيب كذا ذكر
القدوري قوله للعموم اي لعموم الاخبار الدالة على الشفعة قوله
في السماء كان لا اتصال بين ما كلها على الدوام قوله وفي الحكمة اي في
الحكمة التي هي دفع ضرر الدخيل قوله فالدار اذا ملكت العقار
بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره وكل ما ملك بعوض بدل او ملك ببدل ليس بمال
كذا قال القدوري في شرحه اما المملوك بغير بدل كالهبة والصدقة
فلا شفعة فيها وقال ابن ابي ليلى فيها الشفعة بقيمة الموهوب لنا انه نقل
ملك بغير عوض فصار كالميراث واما الميراث فلا شفعة فيه لان الوارث
يملك على حكم ملك الميت ولهذا ترد عليه بالعيب فكان حكم الميت
لم يزل واما المملوك بالوصية فلا شفعة فيه لانه يملك بغير عوض كالميراث
واما المملوك ببدل ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والاجارة
والصلح عن دم العمد فيجيء ذلك بعد هذا وانما يجب الشفعة في المملوك
ببدل هو مال لان الواجب على الشفيع ان يملكه العقار بالعوض الذي
يملك به المشتري فان كان له مثل اخذه بمثله وان لم يكن فبقيمته
لان المثل اعدل من القيمة فكان مثله اما فيما لا مثل له فالقيمة اعدل
من المثل فيجب ذلك قوله صورة اي فيما له مثل كالمكيل والموزون
والعددي المتقارب قوله او قيمة اي فيما لا مثل له وهو الذي
تتفاوت آحاده قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر في فصل ما يؤخذ
به المشفوع بقوله ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته

دار

دار او بشراء مكيل او موزون اخذها بمثله قوله قال ولا شفعة في الدار
يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها
او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا اي قال القدوري في
مختصره والاصل فيه ان ما ملك ببدل ليس بمال لا شفعة فيه لان الشافعي
اوجب فيها الشفعة لان عنده على خلاف القياس وانها موردة في معاوضة المال
بالمال وحقوق الاشياء في معناها فيقتصر على مورد الشرع وعند
الشافعي تجب الشفعة وهو قول ابن ابي ليلى لان العقد معاوضة فجاز
ان يثبت الشفعة في الشقص المملوك بها كالبيع ولنا
انه ملك بسبب لا يثبت فيه خيار الرؤية فلا يجب فيه الشفعة كالمملوك بالهبة
والوصية والميراث ولانه ليس مقابلته عوض هو مال فصار كالهبة
والجواب عن قياس الخصم على البيع ان المعقود في عقد البيع عوض
هو مال والمقصود في النكاح العوض فلم يكن حكم المعاوضة
او يقول لا نسلم ان النكاح معاوضة على الاطلاق لان المعاوضة لا
يسقط العوض عنه والنكاح قد يسقط عنه مع المفوضة وعندنا
في الاصل والاجارة ايضا من قبله ولا تعلق الشفعة الا بالمضرور وهو
حوله اخذه العام وهو موجود في هذه المواضع لان العقد يبطل بذلك
بالهبة وبالعرض ويقوم المنافع ضرورة تصحيح الاجارة شيئ
بعوضها ضرورة لقضاء الحوائج فاما بالصورة فيتقدر بقدر الضرورة
فلا يظهر في غير ذلك قوله او بها يصالح عليه اي يجعل شقصا من دار بدل
الخلع والاجرة قوله وانه لا شفعة عنده الا فيه اي في الشقص المشهور
وانه لا يرى الشفعة بالجوار قوله ان تقوم منافع البضع في النكاح
وعوضها بعقد الاجارة ضروري اي تقوم منافع البضع في النكاح
ضرورة وكذا تقوم منافع غير منافع البضع ضروري ايضا كما في
استيجار الدار للسكنى والدابة للركوب والثوب للبس قوله في المعنى
الخاص المطلوب وهو المالية قوله ولا يتحقق فيهما اي لا يتحقق المعنى
الخاص وهو المالية في الدم والعتق قوله وعلى هذا اذا
تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا اي لا تجب فيها الشفعة قال
في شرح الكافي وكذلك لو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها دارا
او صالحها على ان يجعلها لها مهرا او اعطاها اياها مهرا لم يكن فيها عوضا
شفعة لان في هذه الوجوه تكون الدار عوض البضع اذ الصلح عن العوض
[illegible] مهر المثل ولو صالحها من مهرها على الدار او صالحها عليها حسب لها
من المهر

فللشفيع فيها الشفعة لانه حينئذ يكون عوضا عن المهر فيكون بيعا حقيقة
وقال الا ان قال صالحه على دار من جراحة خطأ تجب الشفعة لان الواجب
المال قوله لانه مبادلة مال بغير مال يعني ان مهر المثل او المسمى مال
فاذا باع الدار باحدهما يكون مبادلة المال بالمال لا محالة قوله
ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار
عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة الالف ذكر هذه المسئلة لطريق
التفريع على مسئلة القدوري وهي من مسائل الاصل والجامع الكبير
في الكافي وان صالح من دم عمد على دار على ان يرد صاحب الدار الف
درهم عليه فلا شفعة في الدار في قول ابي حنيفة وقالا له ان
ياخذ منها جزءا من احد عشر جزءا بالف درهم وكذلك لو تزوج على دار
على ان ترد هي على الزوج الف درهم فلا شفعة في شيء من ذلك عند
ابي حنيفة وعندهما تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الف درهم فما
اصاب الالف تجب الشفعة فيه لهما ان العقد اشتمل على نكاح وبيع فيعتبر
كل واحد منهما فتجب الشفعة فيما يقابل الالف لانه بيع ولا تجب فيما
يقابل المهر لانه نكاح وتعذر الشفعة في الصداق لا يوجب التعذر
في البيع لان الشفعة تجب في المبادلة المالية لا في غيرها وجه قول
ابي حنيفة ان المقصود من هذا العقد هو النكاح لا البيع بدليل
انه ينعقد بلفظ النكاح فكان ثبوت البيع تبعا ضمنا للنكاح والشفعة
في الاصل فكذا في التبع لانه لو كان معنى البيع فيه اصلا مقصودا
لكان نكاحا في بيع فكان شرطا فاسدا فيفسد البيع به فاذا كان
ثبوته ضمنا فكان حكمه حكم النكاح ولا شفعة في الصداق فكذا
في البيع ولان الشفعة تجب في المبادلة المقصودة لا غير اي ما قال
في شرح الكافي ان المضارب لو باع دارا من المضاربة ورب المال
شفيعها فلا شفعة له لان البيع وقع له لان الدار له وكذا للمضارب
نصيبا فيه حين باع المضارب لا يستحق الشفعة وكذا لا يستحق الشفعة
في مقدار الربح لان البيع لم يقع فيه لرب المال ولكن الربح في
المضاربة تابع فيمنع وقوع البيع له في الاصل فيقع في التابع له
ايضا ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال
ان ياخذها بالشفعة بداره من المضاربة ويكون له خاصة
لانه جار بدار المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة ان
ياخذها بالشفعة بداره من المضاربة والمضارب شفيعها

بدار

بدار المضاربة فان كان فيها ربح فله ان ياخذها لنفسه لانه جاز
بعض نصيبه وان لم يكن فيها ربح لم ياخذها لانه ليس بجار
قوله فلا شفعة عليها بانكار وان صالح عليها باقرار وجبت
الشفعة اي قال القدوري في مختصره وهذه المسئلة مختلفة الالفاظ
في النسخ والخط كما هو النسخ كذا في شرح الاقطع وقال صاحب
الهداية والصحيح او يصالح عنها بانكار فهكان قوله عليها
وذلك لانه اذا صالح عليها تجب فيها الشفعة سواء كان الصلح عن
اقرار او انكار او سكوت لان في زعم المدعي انه ياخذها عوضا
عن حقه وكذا المدعى عليه يعطيها عوضا عن المال الذي يدعى
عليه فتجب الشفعة لانها مبادلة مالية مقصودة بخلاف ما اذا
صالح عنها بانكار حيث لا تجب فيها الشفعة لان في زعم المصالح ان
الدار ملكه وانما دفع المال افتداء ليمينه فلم يملكها بعوض وكذا
اذا صالح عنها بسكوت فلا تجب الشفعة ايضا لانا لا نعلم انه ملكها
بعوض لجواز انه دفع المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب
الخصم فلا تجب الشفعة بالشك وهذا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار
حيث تجب فيه الشفعة لانه معترف بانه ملكها بالمال المصالح عليه الا ترى
انهم قالوا لو استحق المصالح عليه في الصلح مع سكوت رجع المدعي
بالدعوى ولو كان الصلح عن اقرار رجع بالدار فبان الفرق بينهما
قوله اذا لم يكن من جنسه اي لم يكن العوض من جنس حقه
وذلك لانه اذا كان العوض من جنس حقه يكون اخذا عين حقه
فلا يكون معاوضة فلا تجب الشفعة وانما تجب في المعاوضة اذا اخذ
غير جنس حقه قوله ولا شفعة في هبة اي قال القدوري في مختصره
ولا شفعة فيه الا ان يكون بعوض مشروط اي لا تجب الشفعة
في الهبة والصدقة خلافا لابن ابي ليلى يعني كما حكينا الشفعة في
الموهوب وذلك لانه مملوك بغير عوض فلا تجب فيه الشفعة كالمملوك
بالميراث واما الهبة على عوض فان تقابضا وجبت الشفعة وان
قبض احدهما دون الاخر فلا شفعة وقال زفر تجب الشفعة بالعقد
كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وهذا بناء على ان الهبة
بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء عند زفر وعندنا تبرع ابتداء بيع
انتهاء حتى لا يجبر على التسليم ولا يملك قبل القبض والصحيح في الشاع
ولا تثبت فيه الشفعة فاذا تقابضا الان يثبت حكم البيع وجوده

ان يقول وهبت هذا لك على ان تعوضني كذا واجمعوا انه لو قال
وهبت هذا لك بكذا فهو بيع كذا في المختلف وجه قول زفر انه تمليك
بعوض فلا يفتقر حكمه الى العبارة كقوله في البيع ملكتك او
اعطيتك واذا ملكته تعلقت به الشفعة وقول الشافعي مثل قول زفر
كذا في الاسرار ولنا انها عبارة عن الهبة ذو البيع تحقيقا
اعتبارا للفظ ما امكن وقد امكن اعتباره بالنوعين فيعمل بهما حين القبض
والقسمة ولا يمكن اعتباره الا بالمعنى وهو البيع فيما بعد ذلك وان
يتوقف البيع على القبض كما في البيع الفاسد فاعتبرنا صيغة
اللفظ ومعناه وعلى هذا قال اصحابنا اذا وهب بشرط ان يعوض
فلا شفعة فيه لانه هبة ابتداء فلا تتم الا بقبض فاذا وجبت الشفعة
في الهبة بعد التقابض يأخذ الشفيع بمثل العوض ان كان له مثل
وان لم يكن له مثل فبقيمته وقال اهل المدينة اذا لم يكن له مثل
وجبت بقيمة الدار وذلك لان الشفيع انما يستحق المبيع على الوجه
الذي استحقه المشتري وقول اهل المدينة فاسد لانه ان سمى دارا
قيمتها العوض بقيمته الفان فلو اوجبنا الشفعة بقيمة الدار
لاستحققناها على البايع بما لم يرض به وهذا لا يصح **قوله** بخلاف
ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لانه لا تثبت الشفعة اصلا
لا في الموهوب ولا في العوض لانه هبة ابتداء وانتهاء ولكنها لما عوض
امتنع الرجوع بالحديث **قوله** وان ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان اسقط الخيار وجبت الشفعة
وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة اما البيع المشروط فيه الخيار
للبايع فلا شفعة فيه لان خيار البايع يمنع من خروج الشيء من ملكه والشفعة
تجب بخروج الشيء من ملك البايع ولان البايع لم يزل ملكه عما باع فصار
كما لو لم يبع فلو انه لما اسقط البايع خياره وجبت الشفعة لان الملك
زال بالعقد فوجبت الشفعة ولان المانع قد زال انما كان لان البايع
لم يزل عن ملكه فاذا اسقط خياره فقد زال هذا المعنى واما الخيار
المشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة لان المبيع خرج من ملك
البايع بالاتفاق بيننا وانما اختلفوا في انه هل دخل في ملك المشتري او لم يدخل
والشفعة انما تجب بزوال البايع عن ملكه بدلالة انه لو اقر ان الدار
لزيد من زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة لانه اقر بخروج
الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري وكذا خيار العيب والرؤية

فلا

فلا تمنع الشفعة لانه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البايع وهذا
المعنى هو سبب الشفعة كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي
وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان البيع بشرط الخيار
لهما جميعا فلا شفعة فيها لاجل خيار البايع ولو شرط البايع الخيار
للشفيع فلا شفعة له فيها ايضا لانه لما شرط الخيار للشفيع صار
كانه شرط الخيار لنفسه فان اجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته
لان البيع من جهة الشفيع قد تم فصار كانه باع وان فسخ فلا شفعة
له ايضا لان ملك البايع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك ان لا يجيز
ولا يفسخ حتى يجيز البايع البيع او يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة
وكذلك لو باع داره على ان يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع
حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع من جهة الشفيع
قد تم ولا شفعة له وكذلك لو اشترى المشتري الدار على ان يضمن
له الشفيع الدرك عن البايع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا
شفعة له لان البيع تم برضا به فلا شفعة له لانه بمنزلة البايع
ولو ان المشتري اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع فلانه اذا كان
للشفيع الشفعة لان اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع
وجوب الشفعة **قوله** تبتنى عليه اي على زوال الملك عن البايع **قوله**
على ما مر في اوايل كتاب الشفعة اشارة به الى قوله والوجه فيه ان
الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار الى اخره **قوله**
واذا اخذها اي اخذ الشفيع الدار في الثلاث اي في مدة الخيار التي
هي الثلاث وقيد بالثلاث ليكون المسئلة على الاتفاق **قوله** وجب البيع
اي لزم لانه البيع الذي جرى بين البايع والمشتري بشرط الخيار وانما
ذكر هذا لان المشتري يجب ان الشرط لو رد المبيع بعد طلب
الشفيع الشفعة لا يجب البيع بل ينفسخ من الاصل فلا تكون الشفعة
قوله وفيه اشكال اوضحناه في البيوع اي في باب خيار الشرط
بيان الاشكال انه كان ينبغي ان لا تجب الشفعة عند ابي حنيفة لان في
خياره ما يمنع ملك المبيع عند ابي حنيفة فكيف يملك الشفعة في دار
بيعت بجنبها وحل الاشكال ان يقال ان طلب الشفعة دليل على استدامة
الملك في الدار المشتراة بالخيار لان ثبوت الشفعة لدفع ضرر الجوار
وهو انما يكون اذا كان له ملك في الدار المشتراة بالخيار فيكون
طلب الشفعة على اختيار الملك فيها فسقط الخيار فيعتبر الملك له

فسخ

من وقت الشراء انا بناء على العقد الذي وقع في الدار المبيعة بجنبها
الشفعة وعلم حق بيانه في باب خيار الشرط **قوله** لان خيار الرؤية
لا يبطل بصريح الابطال فعلى قول بطلت خيار الرؤية لا يبطل
قبل وجود الرؤية لان ثبوته موقوف على وجود الرؤية وكذلك لا يبطل
بدلالة الابطال وهي اخذ ما بيع بجنبها لان الاخذ بالشفعة يدل على
اختياره لتنفيذ المبيع على ملكه وعلم حق تمام البيان في باب خيار
الشرط **قوله** ثم اذا حضر الشفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية
يعني اذا اشترى دارا بشرط الخيار ولها شفيع ثم بيعت دار اخرى
بجنبها ثم حضر الشفيع فله ان يأخذ الدار الاولى بالشفعة دون الثانية
لانه انما يكون له الشفعة في الثانية بسبب الجوار بالدار الاولى ولم يكن له
جوار بالدار الاولى حين بيعت الثانية لانه ما كان يملكها حينئذ
وانما حدث له جوار بعد ذلك وانما يأخذ الاولى فحسب لانه كان جارها
حين بيعت الا اذا كان له دار اخرى بجنب الدار الثانية حينئذ
فيأخذ الدارين جميعا بالشفعة **قوله** قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا
فلا شفعة فيها اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان سقط الفسخ
وجبت الشفعة قال الكرخي في مختصره ولا شفعة في البيع اذا كان فاسدا
كان مما يملك بالقبض او لا يملك ما دام حق البائع في النقض قائما
فيما يملك منه وذلك لان المبيع الفاسد اذا كان مما يملك بالقبض
فالملك لم ينتقل بالبيع وهذا المعنى يمنع من وجوب حق وجوب الشفعة
في البيع الصحيح ففي الفاسد اولى واما اذا كان مما يملك بالقبض
فحق الفسخ ثابت بحق الله تعالى وفي ايجاب الشفعة اسقاط حق الفسخ
وتقرير للبيع وهذا لا يجوز قال الكرخي فان سقط حق البائع في النقض
كان للشفيع ان يأخذ ما ملكه بقيمته يوم القبض وذلك لان البيع الفاسد
عندنا يملك المبيع فيه بالقبض وانما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ
فاذا سقط الفسخ اما لانتقال المبيع من يده او لزيادة ملك المشتري
فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة كالبيع الموقوف
فيه الخيار للبائع اذا سقط خياره وانما يأخذ الشفيع بالقيمة لان
المبيع الفاسد لا يجب فيه المسمى وانما يملك بالقيمة والشفيع يأخذ بمثل
العوض الذي يلزم المشتري **قوله** بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح يعني ان البيع الفاسد في معنى بيع فيه
خيار للبائع لانه لم ينقطع حق البائع بعد فلا تجب الشفعة بخلاف

المشتري في البيع الصحيح حيث تجب الشفعة لان المشتري بالخيار تملك
ولانه التصرف في المبيع بخلاف المشتري بالشراء الفاسد فانه
ممنوع عن التصرف وفي هذا العوض نظر عندي لانه لقائل ان يقول
لا نسلم ان المشتري شراء فاسدا ممنوع عن التصرف وهذا اذا
باع بيعا صحيحا لا يكون للبائع حق النقض **قوله** وان بيعت
دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه الى آخره
ذكرها تفريعا على مسألة القدوري قال شيخ الاسلام علاء الدين
السمرقندي في شرح الكافي فان كان المشتري قد قبضها وبيعت دار الى
جنبها فللمشتري ان يأخذها بالشفعة لانه قد ملكها الا ان للعاقدين النقض
نقضها ما داما عند ... البيع فان قضى القاضي له بالشفعة ثم ردت
الدار لفساد المبيع لم تبطل شفعته لان القضاء قد صح فلا يبطل
بزوال الملك في داره لان بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق
وان لم يأخذها حتى رد الدار بطلت شفعته لان تمام الجوار عند
القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ولا شفعة للبائع فيها ايضا
لان جواره حادث بعد البيع قال ايضا واذا اشترى دارا شراء
فاسدا فقبضها وبناها فان للبائع قيمتها فاذا جاء الشفيع اخذها
بالشفعة في قياس قول ابي حنيفة ويهدم المشتري بناءه وقال ابو يوسف
ومحمد يرد الدار وعلى البائع ولا يهدم المشتري بناءه ولا شفعة فيها
اصل المسألة ان المشتري شراء فاسدا اذا بنى في الدار ينقطع حق الاسترداد
عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع لزوم البيع فيتمكن الشفيع من الشفعة لان
المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع وقد بطل وعندهما
لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة فيكون للشفيع
ان يأمر المشتري بهدم البناء لانه لو بناه في البيع الصحيح يكون
له حق النقض فاذا بناه في البيع الفاسد اولى ولا يلزم ان حق البائع
انما انقطع لاجل البناء وفي نقض البناء ظهر حقه ويبقى ظهر حقه
فيثبت انه لا شفعة لانه انما يظهر حقه اذا لم يتعلق به حق الغير وقد
تعلق حق الغير به فصار بمنزلة البيع من غيره وان لم يبن فيها
ولكنه باع بيعا صحيحا فللشفيع الشفعة فيها ان شاء اخذ بالبيع الثاني
بالثمن وان شاء اخذها بالبيع الاول بالقيمة لان حقه في البيع الفاسد
انما ثبت لانقطاع حق البائع وقد انقطع حق البائع بالبيع من غيره فكان
حق الشفيع ثابتا بالعقدين جميعا وان اشترى شراء فاسدا ولم يقبضها

حتى يعتق دار الجنبها كان للبائع ان ياخذ الدار بالشفعة لان ملكه لم يزل
بعد كذا في شرح الكافي **قوله** ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة
بطلت شفعته اي ان سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى
المشتري قبل حكم القاضي بالشفعة للبائع بطلت شفعة البائع **قوله**
بعده اي بعد الحكم بالشفعة للبائع **قوله** وان استردها البائع من
المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت اي قبل حكم القاضي بالشفعة للمشتري
بطلت شفعة المشتري **قوله** لانقطاع نسبة على ملكه اي الدار الثانية
وهي التي اخذها المشتري بالشفعة والضمير في ملكه راجع الى المشتري
قوله كما بينا اشارة الى قوله لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد
الحكم بالشفعة ليس بشرط **قوله** قال وان اقتسم الشركاء العقار
فلا شفعة لجارهم بالقسمة اي قال القدوري في مختصره وذكر لان القسمة
فيها معنى الافراز وهو تمييز الحقوق وتعديل الانصباء ولهذا
يجري فيه جبر القاضي وان كان فيها معنى المبادلة ايضا والشفعة تثبت
بخلاف القياس في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه فيقتصر
على مورد الشرع فلا يلحق غيرها لانه لو وجبت الشفعة وجبت
لجارها من لا يشركه في البقعة بمعنى الجار ولا يكون مقدما على الجار
على الشريك **قوله** قال وان اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة
ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة
للشفيع اي قال القدوري في مختصره قال ابو الحسن الكرخي واذا اشترى رجل
من رجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية
او بخيار شرط قبل قبض الدار او بعده فاراد الشفيع ان ياخذ
الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك وان ردها بعيب قبل القبض
بقضاء او بغير قضاء كان كذلك وان رد بعيب بعد القبض بقضاء اخذها (العيب بغير قضاء)
بهذا الرد فان كان برضا فلا شفعة له في الرد وتحقيق هذا ما ذكر
القدوري في شرحه ان الشفيع اذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع الى البائع
على حكم الملك الاول فلا شفعة له بالعود لانه اسقط شفعته في ذلك
الملك ولا يعود الا بعقد مبتدأ وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك
مبتدأ كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها فالرد بخيار الرؤية والشرط
لو حصل عود الملك الاول وكذلك الرد بالعيب قبل القبض لانه فسخ من
الاصل واما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف بين القضاء وغير القضاء
فان كان بقضاء فلا شفعة فيه لانه فسخ العقد من اصله وعاد على
الملك الاول

وان

وان ردها بغير قضاء فعنه الشفعة لانه الشيء عاد الى ملكه لقوله
ورضاه بحيث كأنا مبتدأ فكيف بما ان الشفعة **قوله** لا فرق في
هذا بين القبض وعدمه اي لا فرق في الرد بعيب اذا كان بقضاء
القاضي بين القبض وعدمه حيث لا تجب الشفعة في الوجهين لانه
فسخ من الاصل واما الرد بعيب بعد القبض اذا لم يكن بقضاء ففيه
الشفعة وان كان بقضاء فلا **قوله** ومراده الرد بالعيب بعد
القبض لكن مراد القدوري او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة لانه
قبل القبض لا يحتاج الى قضاء القاضي لكونه فسخا من الاصل وكذا
لا يحتاج الى رضا صاحبه ايضا بل ينفرد برده بغير رضا والاقالة
فسخ في حقهما عندنا لانها فسخ ذلك دلها ولانه على اصلها بيع في
حق غيرها لوجود حقيقة البيع وهي المبادلة بالتراضي والشفيع غيرهما
فوجبت الشفعة **قوله** في الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا
خيار رؤية اما ذكر مسئلة الجامع الصغير لان فيه تحويله ولا خيار
رؤية اصلا فالرواية تمنع كل منهما فلهذا نورد بكسر الراء عطفا
على القسمة اي لا شفعة في الرد بخيار الرؤية كما لا شفعة في القسمة
ويروى بفتح الراء وضمها عطفا على الشفعة على اللفظ وعلى المحل
اما وانه اكثر عطفا هو حسن لا يثبت الشفعة في خيار الرؤية لانه
فسخ من الاصل والرواية الاخرى اثبتها الفقيه ابو الليث السمرقندي
في شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في
القسمة ايضا واما لم يثبت في القسمة خيار رؤية لانه لا فائدة في رده
لانه لو رده كان له ان يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد
فائدة ولكن هذه الرواية تخالف رواية فخر الاسلام البزدوي ومن تبعه كالصدر
الشهيد وصاحب الهداية رحمهم الله تعالى فخر الاسلام حكى عن ابي حنيفة
قال لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية اما الشفعة في القسمة فلان القسمة
ليست ببيع محض بل فيه الافراز الاترى ان الممتنع عنها يجبر عليها
ولا خلاف ان في القسمة معنى الافراز والشفعة انما شرعت في البيع فلا
تصح اثباتها في الذي ليس بمعناه كما لم يثبت فيما ليس بمبادلة ولانه
لو ثبت لشريكه يكون مقدما على الجار واما قوله ولا خيار رؤية
فان كان ثبت الرواية بكسر الراء فمعناه ان لا شفعة في الرد
بخيار الرؤية وتفسيره رجل اشترى دارا لم يرها ولها شفيع فابطل
شفعته ثم ردها المشتري بخيار الرؤية لم تتجدد شفعة للشفيع

لانها فسخ فيثبت للبائع وان فى ثلاثة اشياء يشبه بالعقد كالاقالة
وان كان بالرواية فيقع الرد فان معناه ان له نفيه خيار الروية فى
القسمة وذكر عن صحيح بل الصحيح المنصوص كتاب القسمة ان ليس
خيار الروية فى القسمة وخيار الشرط يثبت فيه بلا اشكال
كذا ذكره كتاب القسمة لان خيار الروية انما يثبت لخلل فى الرضا
فيما يتعلق لزومه بالرضا وقد وجد ذلك فى القسمة وذكر فخر الدين
قاضى خان فى شرح الجامع الصغير رواية الفتح على ما اذا كانت
التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد فقسموا لا يثبت خيار
الروية لانه لو رد القسمة بخيار الروية يحتاج الى القسمة مرة اخرى
فيقع فى نصيبه مثل ما وقع فى المرة الاولى او مثله فلا يفيد
خيار الروية اما لو كانت شققا او شيئا اخر يفيد خيار الروية
لانه لو رد بخيار الروية فاذا اقتسموا ثانيا ربما يقع فى نصيبه
الطرف الاخر الذي لو افقه فيكون مفيدا قوله لانهما يثبتان اى ان
خيار الروية وخيار الشرط

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة وجود ذلك الشيء وثبوته
ذكر ما يبطل الشفعة بعد ما ذكر ما يثبت به الشفعة قوله
قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك
بطلت شفعته قال القدوري فى مختصره وتمامه ثم ذكر
ان اشهد فى المجلس او اشهد على احد المتعاقدين او عند العقار
وقد مر بيان ذلك فى باب طلب الشفعة فاما قوله اذا ترك وهو يقدر
فهو صحيح لان البيان الذي لا يقدر فيه على الاشهاد لا تبطل به
لان الشفعة انما تبطل بترك الاشهاد لانه يدل على الاعراض فاذا
كان هناك موانع فالظاهر انه ترك الاشهاد لذلك لا للاعراض عن
حقه كما اذا اشترى دارا والشفيع فى بلد اخر ولم يبلغه قوم يخاف
وهو لا يقدر على بعث الوكيل كان على شفعته وكذلك لو كان بينهما نهر
مخوف او ارض مسبعة قوله قال وان صالح من شفعته على عوض
بطلت شفعته ورد العوض قال القدوري فى مختصره وذكر لان
الشفعة لا يصح اخذ العوض على اسقاطها لان المشتري يملك
المبيع قبل اسقاط الشفعة وبعده على وجه واحد فلا يكون ذلك
بعقد يملكه المشتري بازاء عوض فصار اكل مال بالباطل وعلى هذا
قال اصحابنا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف او قال

لزوجته

لزوجته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت لم يثبت العوض لانه
ملك بضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فصار
اكل مال بالباطل واذا ثبت ان الشفعة لا يصح اخذ العوض عن
اسقاطها وسقوطها لا يقتضي الى العوض فيبطل العوض
عنها من طريق الحكم لا يمنع من سقوطها كما لو قال اذا طلق امرأته
على خمر بطلت الخمر من طريق الحكم ولم يبطل الطلاق وقد
اختلفت الرواية فى الكفالة بالنفس اذا اسقطها بعوض ففى
احدى الروايتين الكفالة باطلة والعوض باطل وسوى بينها
وبين الشفعة لان اسقاط الحق فيها لا يقف على عوض فبطلان
العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطلانها وفى الرواية
الاخرى لا تسقط ذكره لانها حق اقوى من الشفعة بدلالة انها لا تبطل
بالسكوت فالاعراض لم يوجد اسقاطها فاذا لم يسلم العوض لم يسقط
كذا ذكر القدوري فى شرحه لمختصر الكرخي وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي فى شرح الكافي وان سلم الشفعة على مال كان التسليم جائزا ويرد
المال على صاحبه وكذلك لو باعها لان هذا مجرد حق فلا يجوز الاعتياض
والتسليم جائز لان هذا شرط لا جواز له كان فاسدا فلا يبطل به بل
يبطل الشرط فى نفسه وكذلك الكفالة بالنفس على هذا ان اعتاض
الطالب ليبطل الكفالة فالابطال جائز والاعتياض باطل ثم قال
شيخ الاسلام وقد ذكر فى بعض روايات الكفالة ان الكفالة لا تبطل
والرواية فى الكفالة يكون رواية فى الشفعة ايضا انها لا تبطل
لانه ما رضي ببطلان حقه مجانا وانما رضي بشرط فلا يكون
راضيا بدون ذلك الشرط وقال الامام العتابي فى كتاب الشفعة من شرح
الجامع الكبير ولو صالحه اجنبي او صالحه المشتري على دراهم
على ان يسلم الشفعة ففعل بطلت شفعته ولا شيء له من الدراهم
وكذا الكفيل اذا صالح المكفول له على دراهم على ان يبريه عن الكفالة
فابرأه صح الابراء فى رواية ابي حفص فى كتاب الكفالة ولا شيء له من
الدراهم وفى رواية ابي سليمان لم يصح الابراء ووجه هذا فى المبسوط
لان التزام المال مقابلا بما ليس بمال وهو سقوط حق الشفعة
والمطالبة على المطالبة فكان بمعنى الرشوة فلا يصح كالطلاق على
قال الامام العتابي على ما ذكر الصلح عن دم العمد لانها تمكن مبادلة بضعها
وانها بعوض لا يصير مالا الا بالنكاح وكذا العبد يملك نفسه وانه مال

وكذا من عليه القصاص بكفالة نفسه والقصاص فانه حق من عليه واورد
الشيخ ابو الفضل النسفي في شرح الجامع الكبير سؤالا وجوابا في هذا الموضع
فقال فان قيل اذا لم يجب العوض كيف لا يبطل شفعته ايضا لانه انما
ابطل حقه في الشفعة بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا يبطل
كما في الكفالة بالنفس واذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبريه
من الكفالة فانه لا يجب العوض ثم لا يبطل الكفالة قلنا له ان لا يصلح
عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم
العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المراة
والقاتل وان لم يجب شيء كذا هنا فاما الصلح عن الكفالة بالنفس فقد ذكر
على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وفي كتاب الكفالة والحوالة
من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة و
الحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق و
الفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن يسلم له فانه
متى اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم
له نوع عوض فان السلم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة
فاما المكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل
له العوض اصلا فلا يسقط حقه في الكفالة **قوله** ولا يتعلق اسقاطه
بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى اي لا يتعلق اسقاط حق الشفعة بالجائز
من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال فبما فيه ذكر مال من الشرط اولى ان لا يتعلق
وهو ما فيه ذكر مال ولنا انه لو كان اسقاط حق الشفعة يتعلق
بالجائز من الشرط لا ترى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع
سلمت شفعتي في هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها
لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره
فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق
لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق وهذا لا يرتد بالرد
وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا
ينزل الا بعد وجود الشرط ولم يوجد الشرط فلا ينزل التسليم كذا ذكره
الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير **قوله** والكفالة بالنفس
في هذا بمنزلة الشفعة في رواية يعني اذا صالح الكفيل المكفول له
على مال يسقط الكفالة ولا يجب المال على رواية ابي حفص كما اذا
صالح الشفيع على مال يسقط الشفعة ولا يجب المال **قوله** وفي الاخرى لا يبطل
الكفالة

ولا يجب

ولا يجب المال اي في الرواية الاخرى وهي رواية ابي سليمان الجوزجاني
وقيل هذه الرواية في الشفعة اي رواية ابي سليمان في الكفالة تكون
رواية في الشفعة ايضا يعني لا يسقط الشفعة بالصلح على مال ولا
المال وقيل هي في الكفالة خاصة اي رواية ابي سليمان في الكفالة
خاصة يعني لا يبطل الكفالة بالصلح على مال ويبطل الشفعة بالصلح
على مال **قوله** ويعرف في موضعه اي في المبسوط ومما يبطل به
الشفعة ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل
دارا ولها شفيع فساوم الشفيع المشتري في الدار وسأله ان
يوليه اياها او يستأجرها الشفيع من المشتري اذا كانت ارضا ماحدها
مزارعة او كان ذلك رضا بترك الاخذ بالشفعة فعامله وذلك كله
بعد علمه بالشرا فذلك كله تسليم للشفعة **قوله** واذا مات الشفيع بطلت
شفعته اي قال الكرخي في مختصره وامامه كمه واذا مات المشتري لم
تبطل وتنتقل الشفعة الى ورثته والخلاف
فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاما اذا مات بعد القضاء
قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته الا انه قال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي صورته اذا اشترى دارا بيعت ولها شفيع
وطلب الشفعة واثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ بالقضاء او بتسليم
المشتري اليه فانه لا يورث اخذها فليس لهم ذلك ولو كان الاخذ حكم
بالقضاء او بتسليم المشتري اليه ثم مات يكون ميراثا لورثته لنا
ان الحق مجرد استحقاق الملك فلا يورث كخيار القبول ولان الوارث
ان اخذها بالشفعة لم يخل اما ان يملكه بحق نفسه فهو كالوصي له
او ان اخذها للميت لا يصح لان الميت لا يملكه عما يقع
به فهو كبيع لعيبه بعد وجوب الشفعة ولا يلزم خيار العيب
وخيار الرؤية لانه لا ينتقل بطريق الارث بل يثبت للوارث ابتداء
لانه ملكه فلان ذلك سليما وعند وجود عيبا او ملك شيئا لم يره فكان
له الخيار ولا خيار للشفيع في تملكه وهو وصف قائم بالشفيع
فلا ينتقل الى ورثته بعد موته كما لو وصفه من العلم والقدرة
والارادة ونحو ذلك لانه معنى لا يصلح احدا نعوض عنه فيبطل
بالموت كالاجل وكما اذا نفى ولده ثم مات قبل ان يلاعن فلا يقوم
ورثته في اللعان مقامه احتج بانه حق ثبت لازالة الضرر عن المال
فكان موروثا كخيار الرد بالعيب قلنا المقصود الاصلي دفع ضرر عن المالك

بدليل انه يستحق به جزء من المبيع وانه اذا سقط حقه بطل عقده
بخلاف خيار الشفعة فانه ليس فيه معنى المال بدليل انه لا يجب المال
عند سقوطه فلم يورث كالوكالة والمضاربة قال ابو ثور الشفعة لازالة
الضرر كالقصاص فالجواب ما ذكرنا ان فيه معنى المال بدليل انه يجب المال
عند سقوطه بالشبهة فان قالوا الواجب لازم فيه معنى يعني لا يسقط بموت
المحكوم عليه فلا يسقط بموت المحكوم له كالرهن والكفالة قلنا المعنى في
الاصل ان فيه معنى المال لان الرهن يستوفى منه الدين عند الافلاس
والكفيل يؤخذ منه المال فلذلك يورث بخلاف الشفعة فانها لا تؤول الى
مال وانما هي سبب يتوصل بها الى تملك المال كالقبول وان مات المشتري
والشفيع حي فله الشفعة لان الحق لا يبطل بموت من عليه ولا يباع
المبيع في دين المشتري ووصيته لان الشفيع مقدم على المشتري لتقدم
على حقهما فان باعه القاضي او الوصي في دين المشتري للشفيع
ان يبطل البيع لان هذا التصرف يتضمن ابطال حق الشفيع فللشفيع وكذلك
لو اوصى المشتري فيه بوصية كان للشفيع نقضها واخذه **قوله**
وهذا بخلاف الاختلاف في خيار الشرط فقد بينا انه لا يورث خيار الشرط
خلافا للشافعي **قوله** فان باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضي له
بالشفعة بطلت شفعته اي قال القدوري في مختصره وذكر الاسبيجابي
بالجوار يتقرر المجاورة فلم يبق ما يشفع به وما يأخذ به المشفوع
وسواء في ذلك بيعه بعد علمه بشراء الدار المشفوعة وعدم علمه
فاما اذا باع بعدما قضى له بالشفعة لم تبطل شفعته لان حقه قد
استقر فيها فلا يبطل كما لو باع بعد القبض كذا في شرح الاقطع
قوله او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم يعني من له الدين اذا ابرأ مديونه
صح ذلك وان لم يعلم ذلك لان الاسقاطات لا تتوقف على العلم ولهذا
قال في شرح الكافي رجل باع دارا ورضي الشفيع ثم جاء يدعي انه لم يعلم
ان حدها الى موضع كذا وظن انها اقرب والعقد يدعي شفعته
حين علم قال لا شفعة له لان صحة التسليم لا تتوقف على كون الدار معلومة
للمسلم الا ترى انه لو لم يتوقف على العلم بمقداره فكذا صحة التسليم
كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع **قوله** قال وكذلك البايع
اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك المشتري اذا اشترى فله
الشفعة اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والاصل
ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة

قال

قال في شرح الطحاوي وبيان ذلك هو ان صاحب الدار لو وكل شفيع
الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له لانه هو الذي باع فلو ان رجلا وكل
بايع داره من المضاربة وربما لم يشفعها بداره اخرى فلا شفعة له
لانه بيع له بما لو كان له يملك ثمنه على البيع ولو ان المشتري وكل
شفيع الدار بشرائها فاشتراها له فله الشفعة ولا يرى انه لو
اشترى دارا لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة حتى لو جاء شفيع مثله
اخذ منه نصف الدار ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له وكذلك
لو اشترى المضارب مال المضاربة دارا ورب المال شفيعها كان
له ان يأخذها بالشفعة لانه اشترى له ومن اشترى او اشتري له
فلا يبطل شفعته وقال في الجامع الكبير رجل اشترى دارا على ان يضمن
الشفيع الثمن عن المشتري او ضمن للمشتري الدرك اعطاء اسم البايع
الخيار للشفيع فامضى البيع فهذا كله تسليم للشفعة قال الشيخ ابو
المعين في شرح الجامع الكبير اما اذا باع فضمن الشفيع الثمن عن
المشتري والشفيع حاضر فقبل في المجلس جاز البيع بهذا الشرط
استحسانا والقياس ان لا يجوز ذكر القاضي الاسبيجابي في كتاب عن
المشتري واما اسقاط للشفعة فلان الشفيع صار كالبائع من وجه من
حيث انه كان للبائع من وجه لان البيع تم به وكذا له ان يطالب المشتري
بالثمن حتى يتخلص عن الكفالة متى كان الكفالة بامره كما للبائع
مطالبة المشتري وموضع التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت حق
الشفعة متى دار بين ان يثبت وبين ان لا يثبت لا يثبت فكل
البائع من كل وجه اذا لم يكن له الشفعة لان ايجاب الشفعة له يؤدي الى
التضاد لان البيع لتمليك المبيع والشفعة لتملك المبيع فبينهما تضاد
وهنا لا يؤدي الى التضاد لان يملك المبيع هنا كما كان من جهة الشفيع
بسبب الشفيع اذا تقبل من المشتري الثمن كان بمعنى البايع من
وجه كما قلنا في باب الشفعة لا يؤدي الى التضاد من وجه في التمليك
والتملك فاما كان لا يؤدي الى التضاد من وجه في التمليك والتملك
ادى الى التضاد من وجه ضمان الثمن لانه بعقد الكفالة التزم الثمن
للبائع ومتى بقي شفيعا كان له ان يطالب لانه يأخذها بالشفعة من
يد البائع فيفسخ البيع فيبرأ المشتري عن الثمن فيبرأ هو عن ضمان
الكفالة واما اذا ضمن للمشتري الدرك يجوز البيع بهذا الشرط اذا
كان حاضرا في المجلس وقبله في المجلس استحسانا فلا شفعة له فلانه
بايع من وجه

لان البيع تم به وكذا لو استحق المشترى كان للمشترى ان يرجع عليه بالدرك
كما كان له ان يرجع على البايع واما اذا اشترط البايع الخيار له فامضى
البيع فلانه باع من وجه لانه هو الذي اوجب البيع باعتبار
الحكم وان لم يكن موجبا للبيع باعتبار اصل البيع ولو اشترط المشترى
خيار الشفيع فامضى الشفيع البيع لم تبطل شفعته تريد به اذا طلب الشفعة
قبل الاجازة لانه بمنزلة المشترى من وجه لانه وكيل عن المشترى في
الاجازة على ما عليه موضعه والمشترى من كل وجه كان له الشفعة فكذا
المشترى من وجه فان قيل المشترى من وجه انما كان له الشفعة لان
ايجاب الشفعة له لا يؤدى الى التضاد فان المشترى يملك المبيع والاخذ
بالشفعة يملك ايضا فكان من جهته فلم يكن فيه تضاد فاما هاهنا لو
وجبت الشفعة لهذا المشترى من وجه بعد الاجازة ادى الى التضاد
لانه بالاجازة اوجب الملك للمشترى ومتى اخذها بالشفعة انتقض الملك
للمشترى فصار كانه سعى في نقض ما اوجب للمشترى فيؤدى الى التضاد
قلنا لو هذا هكذا لانه لو وجبت الشفعة له بالاجازة والشفعة تجب
له بالجوار بعد الشرا ملكا فيعارضه له قبل الاجازة ببيع الشفاعة
بانه من اشترى دارا على انه بالخيار وجبت الشفعة للشفيع اجاز
المشترى الشرا او فسخ لان خيار المشترى لا يمنع زوال المبيع عن
ملك البايع ونشوء حق الشفيع يعتمد زوال المبيع عن ملك البايع
ومتى وجبت الشفعة قبل الاجازة فاخذها بالشفعة بعد الاجازة
لا يكون ساعيا في نقض ما اوجب للمشترى لان اصل العقد ما وجب
باجازته قوله ضمن الدرك اي تبعة الاستحقاق قوله
واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها
بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل
وله الشفعة اي قال القدوري في مختصره وقال العزى اى في شرح
مختصر الكرخي وفي الاصل جميع ذلك الغرض في الشفعة تختلف
باختلاف جنس الثمن وغيره ويختلف ايضا باختلاف المشترى
ويختلف ايضا بصفة المبيع فانه قد يكون للشفيع غرض في بعض
الوجوه دون بعضها واذا سلم على بعض الوجوه فمتى ان الشرا
وقع على غير ذلك الوجه كان التسليم وقع على الشرط الذي لم يكن
اخبر به فاذا لم يوجد ذلك الشرط بطل التسليم وبقيت الشفعة على حالها فاذا
ثبت هذا قلنا اذا قيل له انها بيعت بالف درهم فاما سلم ثم ترك

لانه

لانه لم يصلح له ابتياعها بذلك القدر من الثمن واذا كان البيع باكثر
من الف درهم فسلم لانه راى انه لا يصلح له ولم يكن كذلك اذا قيل له
انها بيعت بالف درهم فبان له بعد ذلك انها كانت بيعت باقل
من الف لانه انما سلم الشفعة لان الثمن يستعظمها للابتداء
استكثرنا لهذا البيع فاذا بان انها بيعت باقل من ذلك فرضيه
ملكت له بذلك كتابه قال ابي ... بشرط ان الثمن الف درهم فاما
اذا سلم الشفعة لما اخبر ان الثمن الف درهم فاذا هو مائة دينار
ينظر في ذلك فان كان قيمة المائة دينار الفا او اكثر صح التسليم
وان كان قيمته اقل فله الشفعة وقال زفر له الشفعة في الوجهين
وجه قوله ان الدراهم والدنانير في حكم الجنس الواحد لانهما اثمان
الاشيا وتوجد ان يحتمل احتمالا في الغرض بهما كما لو اشترى
الجنس الواحد ولانه لا يشق نقل احدهما الى الاخر فلم يكن ان يكون
التسليم لمعنى يعود الى الجنس فلم يبق الا ان يكون للقدر ولم يوجد
كما لو اخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم بان انها بيعت بشعير
قيمته مثل الحنطة اي انما قال له الشفعة وكذا لا يجده الاجناس
لا تجرى مجرى الجنس الواحد ويثقل على الانسان نقل بعضها الى
بعض فيجوز ان يكون سلم لانه لا يقدر على الحنطة ويقدر على الشعير
ويشق عليه الاخذ فلم يكن كذلك ولنا وجه قول زفر ان الدراهم والدنانير
جنسان مختلفان حقيقة فاذا سلم في احدهما لم يكن ذلك تسليما
في الاخر كالحنطة والشعير فاما اذا بلغه انها بيعت بالف درهم ثم علم انها
بيعت بمكيل او موزون قيمته الف درهم او بمعدود غير متفاوت فله
الشفعة لان تسليمه باطل لانه يجوز ان يكون سلم لانه لا يقدر على الدراهم
وهو يقدر على ذلك الجنس الذي بيعت به الدار فيكون تسليمه على
شرط ان يكون البيع بالدراهم فاما اذا كان الشرا بعرض ... العرض
مما لا يجب الشفعة بمثله وانما يجب بقيمته فان كانت قيمته كذلك الثمن
المذكور اي الف فان ذلك التسليم صحيح وان كانت القيمة اقل فله الشفعة
لان العرض لا تجب الشفعة بمثله وانما تجب بقيمته والقيمة من جنس الدراهم
فكانه سلم وقد بلغه مقدار من الدراهم ثم بان مقدار اخر فان كان
اكثر مما بلغه صح التسليم وان كان اقل كما قيل لم يصح التسليم واما
اذا بلغه ان الثمن عرض فسلم ثم وجد الثمن من جنس اخر مما يجب
الشفعة بمثله فله الشفعة لان الشفعة هاهنا انما سلمها لان الجنس الذي

كان بعرض

سابقه لا يقدر عليه ويكون أن يشتري لرجل آخر مما يجب الشفعة كذا
ذكره الفقيه في شرحه قوله إلا بتكرار في الحمل الأول وفيما يلي
الشفيع أنها بيعت بألف ثم علم أنها بيعت بأقل قوله وكذا إذا كان الجنس
في الثاني يعني إذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف ثم علم أنها بيعت بحنطة
أو شعير قوله وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة
له قال في شرح الأقطع وهو استحسان وفي القياس أن يكون له الشفعة
وهو قول زفر قوله لاختلاف الجنس وهذا لأجل التفاضل بينهما قوله
قال وإذا قيل إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة
أي قال القدوري في مختصره اعلم أن الشفيع إذا قيل له أن المشتري
زيد فسلم ثم علم أن المشتري عمرو فهو على شفعته وذلك لأن الإنسان
قد يصلح له مجاورة شخص دون شخص فلم يكن تسليم الشفعة لواحد
تسليما لها لغيره ولأنه أسقط حقه قبل زيد فبقي حقه قبل عمرو
وأما إذا أخبر أن المشتري زيد ثم بان أنه زيد وعمرو أخذ نصيب عمرو
وسلم نصيب زيد لأنه إنما سلم لزيد الشفعة في جميع الدار كذلك سلم
في كل جزء منها ثم سلم لعمرو شيئا فجاز له أخذ نصيبه لأن الشفيع
يملك أخذ نصيب أحد الشريكين المشتريين دون الآخر قوله
ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة ذكره تفريعا
على مسألة المختصر قال القدوري في شرح مختصر الكرخي إذا بلغه أنه
اشترى بعض الدار فسلم ثم بان أنه اشترى جميعها فله الشفعة
ولو قيل له أنها اشتريت كلها فسلم الشفعة ثم بان أنه اشترى نصفها
كان التسليم جائزا عليه ثم قال القدوري وذكر الخجندي خلاف
هذا فقال إذا قيل له إنها بيعت كلها فسلم ثم بان أن نصفها
بيع فله الشفعة وإذا قيل له أن نصفها بيع فسلم ثم بان أنها بيعت
كلها فلا شفعة له في الرواية الأولى وهي المشهورة لأنه إذا
سلم في بيع النصف فإنه أسقط حقه عن النصف ولم يسقط حقه عن
الباقي فلم يكن يلزمه إسقاط حقه في بقية الدار لكن إن سلم
في النصف لئلا يتضرر في الشركة لأنها عيب فإذا بيع كلها فلا
ضرر بالشركة ولا عيب فيثبت له الشفعة فإذا سلم الشفعة
في جميعها فقد سلم في كل جزء منها ولأنه إذا سلم مع علم العيب
في الصورة بالشركة فإن يسلم مع وجودها أولى وأما وجه رواية
النوادر فلأن الإنسان قد يسلم الشفعة في الكل لأنه لا يجد

ثمن دار

ثمن دار بثمنه ويصلح له البعض لأنه لا يمكن من ثمنه فأما إذا سلم في
البعض فقد سلم لعجزه عن الثمن وهو عن جميعه أعجز قوله
وفي عكسه لا شفعة في الكل في الرواية لأن [illegible] عن الجميع [illegible] أيضا

بالعيب المجاور

فصل ذكر هذا الفصل في بيان الحيل التي يبطل بها الشفعة
لأن الشفيع ربما يكون فاسقا مؤذيا يحتاج إلى الاحتيال عن جواره
حتى يتخلص المشتري من أذاه والرجل يحتال بالشفعة وذكر الحيلة لإبطالها
لهذا قال الخصاف في كتاب الحيل إذا أراد الرجل إذا أراد أن يشتري
دارا وخاف أن يؤخذ منه بالشفعة هل يحتال له أن يحتال في الشفعة
قال كره ذلك بعض أصحابنا ورخص فيه بعضهم وقال إنما يجب
الشفعة بعقد البيع فلا بأس بذلك قيل إن رغب أن لا يدفع المأثم
عن نفسه فلا بأس بذلك قوله قال وإذا باع دارا إلا مقدار
ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له أي قال القدوري
في مختصره وذلك لأن الشفعة إنما تثبت بالشركة أو بالجوار ولم يوجد واحد منهما
قوله وكذا إذا وهب هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا أي لانقطاع
الجوار قوله وإن ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها
فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني أي قال القدوري في مختصره
وذلك لأن العقد وقع على السهم الثاني وهو شريك ببعض المبيع
فلا يكون للجار مع الشريك شفعة وإنما حقها في السهم الأول لا بالشفعة
الشفعة التي وجبت له لا بد حكمها بالسهم الأول فهو كما لو حكم له
بها بنى صحة ذلك أنهم قالوا في حد الجارين إذا اشترى دارا
ثم مات وحضر الجار الآخر يطالب بشفعته يقضي له بالنصف
فلولا أنهم جعلوا الجوار بمنزلة القضاء لتفرد ما بقي ولا وجب
أن تسقط شفعة الميت لموته ويبقى شفعته التي يقضي له
بجميع الدار وكذلك إذا اشترى من رجل دارا إلا صفقة ثم باع داره
الأولى ثم حضر جار آخر فإنه يقضي له بالنصف لما ذكرنا كذا في شرح
الأقطع وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال أبو يوسف إن
كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الأول فلم يخاصمه
فيه حتى أخذ الجار النصف الأول بالشفعة فالجار أحق بالنصف الثاني حتى
اشترى الأول أن المالك المشتري الأول [illegible] النصف [illegible]
الشفعة إليه فقد كملت شفعته وبقي حق الجار فيستحق النصف الثاني
بالجوار كما استحق الأول قوله فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن

ان لا درهما مثلا ... بالباقي وهذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة
الشفيع ورد الاولى الى الابطال لان حق الاولى الشريك والجار ان يأخذ
لان مقدار ذراع من طول حد الشفيع ثم تبيع اي ابتاع السهم الواحد
من الدار ودار الذي يلي الشفيع او اليهم مشتملا على لكثر الكثر
الثمن ثم يبتاع الباقي من الدار ربما في الثمن بعشره ما قال في شرح الطحاوي
وهو ان يبيع اولا من الدار من الكروح عشرها شائعا باكثر من الثمن
ثم يبيع تسعة اعشارها ببقية الثمن حتى ان الشفيع لا يشتركه حق
الشفعة الا في عشرها بثمنه ولا يثبت له الشفعة في تسعة الاعشار
لان المشتري حين اشترى تسعة اعشارها كان شريكا فيها بالعشر
وهذه الحيلة تكون للجار ان الخليط لان الشريك اولى منه ولا يختار
بها الشريك لان الشفيع اذا كان شريكا كان له ان يأخذ نصف الاعشار
ايضا بتقليل الثمن وان كان الدار للصغير فان يبيع العشر منها
باكثر الثمن جائز ثم يبيع تسعة الاعشار بقليل الثمن لا يجوز لان بيع
مال الصغير باقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز
فيكون في هذه الحيلة حظرة للمشتري وهو انه يلي العشر ولا يجوز
شراؤه في تسعة الاعشار وقد ذكرنا انه يعتاد بهذه الحيلة في دار
الصغير وهنا ان يبيع من داره جزءا من مائة جزء من الف جزء
بثمن اكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه فانما تثبت له
الشفعة في الجزء الاول خاصة وهذه الحيلة للجار دون الخليط فاما اذا
كان الشفيع شريكا فانه يأخذ نصفا بعقد نصف ثمنها **قوله**
وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة بالثمن دون
الثوب هذا لفظ القدوري ايضا وذكر ان الشفعة تشمل الثمن
الذي يثبت العادة الا ترى ان البائع لو وهب للمشتري الثمن او
اشتريه دارا اخذها الشفيع بالمسمى حال العقد ولا يأخذ
بغير العادة الثانية لانها ملكت بالعقد الثاني وكر حيلتنا
قال صاحب الهداية وهذه اخرى تعم الجوار والشركة اي هذه
الحيلة حيلة اخرى يشترك فيها حق الجار والشريك بخلاف
الحيلتين الاوليين اللتين ذكرهما القدوري بقوله وان باع
دارا الا مقدار ذراع الى اخره وبقوله وان ابتاع منها سهما ثم ابتاع
بقيتها الى اخره فانهما يختصان بحق الجار لا الشريك ثم بين صاحب
الهداية كيفية هذه الحيلة بقوله فيباع باضعاف قيمته ويعطى
ثوب بسواد قيمته

اي يباع باضعاف قيمته المبيع ثم يعطي المشتري بمقابلة ما في ذمته
من اضعاف القيمة ثوبا يكون ذلك الثوب بقدر قيمة المبيع في الواقع
فان ذلك مما ذكره في شرح الطحاوي بقوله وحيلة اخرى ان يبيع
الدار باكثر من قيمتها كما ان يبيع ما يساوي الفا بالفين ثم يعقد
من الثمن الف درهم الا عشرة دراهم ثم يبيع بالف وعشرة عرضا يساوي
عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بالف درهم في الحاصل ولكن
الشفيع لا يأخذها الا بالفي درهم والافضل للبائع ان يجعل مكان
العرض دينارا يساوي عشرة دراهم هذا هو الاحوط حتى ان
الدار لو استحقت من يد المشتري رجع على البائع بمثل ما اعطاه
لانه يبطل الصرف بالاستحقاق وهذه الحيلة لجميع الشفعاء
ولكن لو باع صفقة الثمن عرضا سوى الدراهم يساوي عشرة دراهم
كما ذكرنا فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بالفي درهم
ويكون فيه حظرة على البائع **قوله** قال ولا تكره الحيلة في
الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد اي قال القدوري كذا مختصره
وجه قول محمد ان الشرع اوجب الشفعة سببا لدفع الضرر عن
الشفيع وفي اباحة الحيلة تبقية الضرر على الشفيع فلا يجوز
لان الحيلة باسقاط الشفعة لو جازت لم تثبت شفعة ابدا ووجه
قول ابي يوسف ان المشتري بالحيلة يمتنع من وجوب حق عليه وذلك
لا يكره كما لا يكره الحيلة في اسقاط الربا وعلى هذا الخلاف الحيلة
في اسقاط الزكوة قبل حولان الحول فعند ابي يوسف لا يكره
وعند محمد يكره وقيل الفتوى على قول ابي يوسف في الشفعة وعلى قول
محمد في الزكوة قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي هذه
الحيل كلها لابطال الشفعة قبل البيع فاما بعد وقوع البيع ان يقول
المشتري للشفيع صالحتك على كذا وكذا درهما على ان تسلم لي شفعتك
فاذا قبل الشفيع الصلح وسلم بطلت شفعته ولا يجب المال او يقول
المشتري للشفيع اشترها مني بكذا ولا تخاصمني فيها فاذا قال الشفيع
اشتريت بطلت شفعته ثم لا يبيعه وفي فتاوى شرح الطحاوي ايضا
وقيل ان الاختلاف في الحيلة للابطال قبل الوجوب فاما
بعد الوجوب فيكره بالاجماع وفي فتاوى الواقعات الحسامية
الحيلة في ابطال الشفعة على وجهين اما ان يكون بعد الثبوت
او قبل الثبوت ففي الوجه الاول يكره بالاتفاق نحو ان يقول المشتري

للشفيع اسقاطه قبل البيع وما اشبه ذلك لانه ابطال الحق واجب وفي الوجه الثاني
لا باس به سواء كان الشفيع عدلا او فاسقا هو المختار لانه ليس بابطال
وفي هذا الجنس مسائل احداها هذه والثانية الحيلة في منع وجوب
الزكاة والثالثة الحيلة لدفع الربا بان باع مائة درهم وفلسا بمائة وعشرين
درهما وقال الخصاف في اول كتاب الحيل فيما يحل ذكره ان الحيلة
شيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به الى الحلال فما كان من هذا
ونحوه فلا باس به وانما نكره ان يحتال الرجل في حق رجل حتى
يبطله او يحتال في باطل حتى يموهه او يحتال في شيء حتى يدخل
فيه شبهة **قوله مسائل متفرقة** اخر ذكرها على ما
جرى دأب المصنفين **قوله** قال واذا اشترى خمسة نفر
دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة
اخذها كلها او تركها اي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في خمسة نفر اشتروا من رجل دارا وهو شفيع
قال له ان يأخذ نصيب احدهم قال وكذلك ان اشترى واحد من خمسة
لم يكن للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم دون بعض الى هنا لفظ محمد
في اصل الجامع الصغير من البيوع وذلك لان حق الشفعة شرع لدفع
الضرر الدخيل فلا شرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا
سوى اخذ الدار منه ففي المسئلة الاولى الصفقة تتفرق بتفرقه
فاذا اخذ نصيب احدهم فقد ملك عليه جميع ما اشترى في مقامه
مقامه فلم يكن فيه تفريق الصفقة على المشتري هذا اذا كان
الثمن منقودا فاما اذا لم ينقدوا الثمن فاراد الشفيع ان يأخذ
نصيب احدهم من البائع بحصته من الثمن ليس له ذلك لما فيه
من تفريق الصفقة على البائع واما اذا اشترى واحد من خمسة
فالصفقة متحدة في حق المشتري فلو اخذ نصيب احدهم تفرقت الصفقة
على المشتري فلا يملك ما يبقى من بعض ملكه وانه في الاعيان
المجتمعة عيب كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرحه وقال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل من الرجلين دارا
وقبض او لم يقبض فاراد الشفيع ان يأخذ نصيب احد البائعين
فليس له ذلك فان كان البائع واحدا والمشتري اثنين كان له ان يأخذ
نصيب احدهما دون الاخر اي مع التصريح وهذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد قال هذا محمد في املائه الى هنا لفظ الكرخي في

قال

قال القدوري في شرحه وذكر ان المشتري الواحد ملك الدار بعقد
واحد فلم يملك الشفيع اخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض
كما لو كان البائع واحدا ولانه اذا اخذ بعض الدار دخل تفريق الصفقة
على المشتري على وجه يتضرر به بالشركة وهذا لا يجوز كما لو
كان البائع واحدا فاما اذا اشترى اثنان من واحد فلا ضرر على
كل واحد منهما في اخذ نصيب الاخر لانه قد رضي بضرر الشركة
فلا فرق بين شركة الشفيع وبين شركة المشتري ولانه يأخذ
منه جميع ما ملكه بالعقد فلا يلحقه به ضرر كما لو اشترى
وحده ثم قال القدوري في شرحه وقد روي عنهم خلاف هذا
وهو ان الواحد اذا اشترى من اثنين فان اخذ الشفيع قبل القبض
ليس له ان يأخذ نصيب احد البائعين وان اخذ بعد القبض
لم يكن له ان يأخذ نصيب احدهما لانه اذا اخذ قبل القبض
انفسخ ملك المشتري وصار الاخذ من ملك البائع فلم يكن فيه ضرر
عليه وليس كذلك بعد القبض لانه يأخذ من ملك المشتري فيتبعض
عليه الملك فلا يجوز وقالوا اذا اشترى اثنان من واحد فان
اخذ الشفيع قبل القبض لم يكن له ان يأخذ الا الجميع لان ملك
المشتري ينفسخ فلو اخذ البعض تفرق الصفقة على البائع
وهذا لا يجوز فان اخذ بعد القبض جاز ان يأخذ نصيب
احدهما لانه يأخذ من ملك المشتري ولا يتبعض عليه الملك وقال
الكرخي ايضا في مختصره وسواء سميا لكل نصف ثمنا معلوما
او كان الثمن جملة واحدة بعد ان يكون البيع صفقة واحدة
وذكر ان الحكم يتعلق بتفرق الصفقة فلا فرق بين كون الثمن جملة
او مفصلا **قوله** ولا فرق في هذا اي في جواز الاخذ للشفيع
نصيب احد المشترين قبل القبض اي قبض المشتري
الدار **قوله** هو الصحيح احترازا عما روى القدوري وهو قوله
وقد روي عنهم خلاف هذا الى اخر ما ذكره ثم هذا **قوله**
بمنزلة احد المشتريين يعني اذا اشترى اثنان دارا صفقة واحدة
ونقد احدهما ما عليه من الثمن ليس له ان يأخذ نصيبه
من الدار حتى ينقد الاخر ما عليه من الثمن فكذلك هنا لما نقد الشفيع
نصيب احدهم ليس له ان يأخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد
الاخر بقية الثمن اذا كانت الدار غير مقبوضة **قوله**

وههنا تفريعات قد ذكرناها في كتاب المنتهى وتلك التفريعات
ذكرها الكرخي في مختصره وكثر عليها الباب وشرحها
القدوري في شرحه فلذلك لم ننقل ما هو لم يذكرها خوفا من
الملال له لأجل الإطالة ثم قال الكرخي وكذلك إن كان الوكالة
توكيل رجل رجلين بشراء دار وهما شفيع فللشفيع أن يأخذ
نصيب أحد المشتريين وإن كان الموكل رجلين والوكيل
رجلا واحدا لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين قال ابن سماعة
عن محمد في نوادره ذلك وقال إنما أنظر إلى المشتري ولا أنظر
إلى المشترى له قال محمد وكذلك لو اشترى رجل لعشرة فليس له
أن يأخذ شيئا دون شيء ولو اشترى عشرة لرجل كان للشفيع أن
يأخذ من واحد ويدع الآخرين أو يدع من شاء منهم ويأخذ البقية
وكذلك روى هشام عن محمد في نوادره في الوكلاء والوكالة في
الشراء إلى ههنا لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه
وذلك لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد دون المعقود له
فإذا كان الوكيل واحدا لم يجز تفريق الصفقة عليه كما لو اشترى
لنفسه وإذا كانوا جماعة والموكل واحدا فحقوق العقد تتعلق
بهم دونه كما لو اشتروا لأنفسهم ثم قال الكرخي وإذا اشترى
الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيع لهما جميعا فأراد أن يأخذ
أحدهما دون الأخرى فليس له ذلك وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف
ومحمد وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع بالخيار إن شاء أخذهما وإن
شاء أخذ أحدهما دون الأخرى وهذا قول الحسن إلى ههنا لفظ الكرخي
وقال القدوري في شرحه وجه قولهم أن المشتري ملك الدارين صفقة واحدة
وتعلق حق الشفيع بها فلم يكن له أن يفرقها بأخذ بعض ما تعلق
به حقه دون البعض كالدار الواحدة وقد ذكر أبو الحسن عن محمد ما يدل
على أنه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين والمتفرقتين وذكر
بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنهما إذا كانتا في مصر واحد أو مصرين
فهما سواء ووجه قول زفر أن أخذ إحدى الدارين لا يؤدي إلى إضرار
بالمشتري بالشركة فصار كما لو كان شفيعا لأحدهما ثم قال الكرخي
في مختصره إذا كان الشفيع شفيعا لإحداهما دون الأخرى وقد وقع
البيع عليهما صفقة واحدة فالحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة
أنه ليس له أن يأخذ التي تجاوره بالحصة وكذلك روى ابن سماعة

دارين
عن أبي يوسف وكذلك روى هشام عن محمد في رجل اشترى
متلاصقتين وله جار يلي إحداهما قال له أن يأخذ التي تليه بالشفعة
ولا شفعة له في الأخرى وقال القدوري في شرحه وذكر أن
حق الشفعة تعلق بإحدى الدارين دون الأخرى والصفقة
إذا جمعت بين ما يتعلق به الشفعة أخذ الشفيع ما تعلقت (وما لا يتعلق به الشفعة)
به شفعته بالحصة كما لو اشترى دارا وسيفا صفقة واحدة
ثم قال الكرخي ثم قال هشام قلت لمحمد ما تقول في عشر أقرحة
متلاصقة لرجل يلي واحدا منها أرض إنسان فبيعت العشرة
الأقرحة قال للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه وليس له
في بقيتها شفعة قلت له لم قال لأن كل قراح على حدة قلت
بينها طريق قال لا إنما هي مسناة وقسمة قال لا شفعة له
إلا فيما يليه إلى ههنا لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري
وذلك لأن الأقرحة المتميزة بالحدود كالدور المتباينة ولهذا تثبت
للشفيع الشفعة إلا فيما يجاوره خاصة ثم قال الكرخي في مختصره
قال هشام قلت لمحمد في قرية خالصة لرجل باعها والقرية
عندنا على ما فيها من الدور والأرضين والكروم قال محمد وليس
القرية عندنا على بيوت القرية قلت لمحمد باع رجل هذه القرية
بدورها وكرومها وأرضيها وجاء جيرانها تلي أرضا قال محمد
للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه قلت فلكل شفيع أن يأخذ
القراح الذي يليه قال نعم قلت إن يأخذوا حواشي القرية وذلك
أدنى أرضيها ويبقى وسط القرية للمشتري فلم ينكر ذلك وذكر أنه
به يقول إلى ههنا لفظ الكرخي ثم قال القدوري في شرحه وقد
اشتمل هذا الكلام على ثلاثة فصول أحدها أن القرية اسم للبيوت
دون الأقرحة والمرجع فيها إلى العادة دون غيرها والثاني وجوب
الشفعة للجار دون الأقرحة التي تليه خاصة وهذا صحيح لما
بينا أن الأقرحة المتميزة كالدور المختلفة فالجار لبعضها
لا يكون جارا لبقيتها والمنفصل والثالث أن الشفعاء يأخذون
حواشي القرية وهي أرداها ويبقى للمشتري وسطها وهو
أجودها وهذا غير ممتنع لأن الشفيع يأخذ باختياره فكان
له أن يلتزم الضرر ولا يلتزم ثم قال القدوري وروى الحسن بن
زياد عن أبي حنيفة في رجل اشترى قرية بأرضها

وارضها اخرجه متفرقة ولاحد الاقرحة جاز فان اخذ القرية
كلها بالشفعة وليس له ان ياخذ دون القراح ربع ما سواه وذكر
في الى مالك عن ابي يوسف ان ابا حنيفة كان يقول ليس له ان
ياخذ الا القراح الذي هو ملاصقه لانه هذه الاقرحة متصلة
بما بالذي يجي على تبيانه ان هذه الاقرحة اذا كانت في ضيعة
واحدة ارضونه واجزه في كقراح واحد ودار واحدة وهذا
يدل على ان ابا حنيفة كان يقول مثل قول محمد ثم رجع فقال
ياخذ الشفيع الجميع لانه يتضرر بتفريقه كالدار الواحدة كذا ذكر
القدوري في شرحه قوله قال ومن اشترى نصف دار غير
مقسوم فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري
او يدع اي قال في الجامع الصغير يعني ليس للشفيع ان ينقض القسمة
سواء كانت القسمة جرت بين المالكين فلا يكون في النقض فائدة لانه
لو نقض القسمة ثم طلب القسمة من شاء عنه كان له ذلك فاذا لم
يكن في النقض فائدة ليس له ان ينقض كذا قال الفقيه ابو الليث
ولان القسمة في غير المكيل والموزون مبادلة من وجه استيفاء
من وجه اخذ لفض حنيفة من وجه والشفيع يملك نقض المبادلة
ولا يملك نقض القبض الا ترى انه لا يملك نقض القبض ليعيد
العهدة على البايع ليفقه وهو ان القبض بجهة العقد فكذا
العقد والشفيع لا يملك نقض البيع فكذلك لا يملك نقض القبض
بجهة البيع ثم حيث ان القسمة افراز تحصل بملك الشفيع
نقضها ومن حيث انها مبادلة يملك نقضها فلا يملك النقض بالشك بلا افراز
والاحتمال ولان الافراز تكميل للقبض لان القبض انما يتكامل بالافراز
في الحقيقة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد العهدة الى البايع فكذلك
ما جعل تكميلا له ولما لم ينقض القبض لانه من المقصود والشفيع
لا يملك ابطال التصرف الذي يتعلق به حقه الا ضرورة استيفاء حقه ولا
ضرورة في نقض القبض وهذا بخلاف ما اذا قاسمه شريك البايع حيث
كان للشفيع ان ينقض تلك القسمة لان القسمة ما جرت بين المتعاقدين
فلا يمكن جعلها قبضا بجهة العقد وتكميلا للعقد فاعتبرت
مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة وقال الفقيه ابو الليث في
مقاسمة المشتري مع البايع ذكر الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الشفعة
الا ان ينقضها القاضي ليس له ان ينقض لو اذا كان بغير قضاء القاضي

حاله

فله ان ينقض ثم قال وذكر في كتاب الشفعة ان القضاء على الغائب
سوا للمعنى الذي ذكرناه وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى نصف دار
مشاعا ثم قاسم مع البايع ثم جا الشفيع وطلب الشفعة وان اثبتها
فان القاضي يقضي له بنصف المشتري مقسوما وليس له ان يبطل
قسمته سوا كانت قسمته بقضا قاض او بغير قضا قاض ويصيب
المشتري وقع من جانب الشفيع او من جانب اخر وقال صاحب الهداية
وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها
قوله وهذا ينتظم العقص بالقسمة في الهبة ايضاح لكون القسمة
من تمام القبض لهي ان هبة المشاع فيما يقسم فاسدة ومع هذا لو
قسم وسلم جاز قوله اطلاق الجواب في الكتاب اي في الجامع
الصغير كانه اطلق في الجواب وقال اخذ الشفيع النصف الذي
صار للمشتري ولم يفصل بينما اذا وقع من جانب الشفيع او في جانب اخر
قوله قال ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة
وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة اي قال في الجامع الصغير
ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يبيع الدار وله عبد عليه دين هو شفيعها قال له الشفعة ولو كان
باع العبد دارا والمولى شفيعها كان له ان ياخذ الشفعة الى هاهنا لفظه
وذلك لان المولى لا يملك اكساب عبده المديون عند ابي حنيفة وعندهما
يملك الرقبة ولا يملك التصرف فكان بمنزلة الاجنبي ولو كان احدهما
اجنبيا كان للاخر حق الشفعة فكذا هاهنا ولان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشرا وشراه كل واحد من صاحبه جائز وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا باع الرجل دارا وله عبد تاجر
وهو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة لانه لا ياخذها لمولاه
بل لنفسه فكان مفيدا الا يرى انه لو اشترى من مولاه كان
الاخذه جائزا اذا كان عليه دين وكذا له الشفعة وان لم يكن عليه دين لا يصح لانه
ياخذها لمولاه وهو بايع وكذا اذا باع العبد والمولى شفيعها فهو
على هذا التفصيل ان كان عليه دين فله الشفعة لان بيع العبد لم يقع
لمولاه وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان البيع وقع لمولاه فكانه
ذكره في كتاب الاسلام واذا باع المولى دارا ومكاتبه شفيعها فله
الشفعة لانه اقرب الى الاجانب من العبد الماذون فان ما ياخذه
ياخذ لنفسه فكان اخذه الدار بالشفعة مفيدا قوله

قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة
وابي يوسف في بيان الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في دار بيعت ولصبي شفيعها فسلم الوصي الشفعة او
سلمها الاب قال هو جائز في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا يجوز على الصبي وهو على شفعته اذا بلغ وهو قول زفر الى هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
واذا بيعت الدار وشفيعها صبي وهو في حجر ابيه او وصي ابيه
او وصي جده ابي ابيه او من ولاه عليه امام او حاكم يملك واحد
منهم في حال ولايته ان يطالب بشفعة الصغير ويأخذ الدار بالشفعة
ويسلم ثمنها من مال الصغير فان سكت احد من هؤلاء في حال ما له المطالبة
عن طلب الشفعة للصغير بطلت شفعة الصغير وكذلك ان سلم الشفعة
بالقول فهو تسليم جائز ولا شفعة للصغير اذا بلغ في الوجهين جميعا
وليس لاحد مع الاب ولاية على الصغير ثم وصي الاب من بعد الاب
ثم الجد ابو الاب ثم وصي الجد فان لم يكن واحد من هؤلاء فمن ولاه
الامام او الحاكم وتسليم الشفعة من هؤلاء جائز في حال ولايتهم في قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال ابن ابي ليلى وزفر ومحمد ان ذلك لا يجوز
والصغير على شفعته اذا بلغ الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وانما
وجبت الشفعة للصغير لانه حق ثبت لاجل الضرر وفي هذا المعنى
الصغير والكبير سواء وانما يملك الاخذ وليه الذي يجوز له التصرف
في ماله لان الاخذ بالشفعة تملك بالعوض فصار كالشراء فمن ملك الشراء
للصغير ملك اخذ الشفعة له ثم وجه قول محمد وزفر ان تسليم الشفعة
ابطال الحق المستحق للصغير فلا يجوز من غير عوض كاعتاق عبده
وابرائه غريمه والعفو عن قوده وهذا ليس بصحيح لان المغير عليه
اسقاط الحق من غير عوض يحصل للصغير وفي المتنازع فيه حصل
العوض وهو سلامة الثمن على ملكه فاعتبرناه ولابي حنيفة وابي يوسف
ان الولي اذا اخذها بالشفعة ثم باعها بمثل الثمن جاز فاذا سلمها
فقد بقي الثمن على ملك الصغير واسقط عنه ضمان الدرك
فكان اولى بالجواز ولان التسليم امتناع عن التملك لا ابطال الملك
ولهذا لا يورث الشفعة لانه ليس بملك وللولي ولاية الامتناع
عن التملك الا ترى انه لو جاء الغير هذا من مال الصغير بكذا
كان للاب او الوصي ان لا يقبل لانها تصرف بحكم النظر

وربما

٣١٧

فكان

وربما يكون النظر في ابقاء الثمن على ملك الصغير فاذا ثبت هذا
من ملك الاخذ بالشفعة اذا سكت كان تسليما كالشفيع البالغ
لانه دليل الاعراض ولا يلزم منا اذا سلم الوكيل بطلب الشفعة
فان ذلك جائز على الاصح واليه ذهب القدوري في شرحه وقال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في كتاب الشفعة من شرح الكافي وان
وكله وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة عند القاضي فتسليمه
جائز وان سلم عند غيره لم يكن تسليما وان اقر عند القاضي ان
الذي وكله به سلم الشفعة جاز اقراره عليه وان اقر عند غير
القاضي لم يجز استحسانا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يجوز اقراره ولا تسليمه ثم رجع وقال يجوز اقراره وتسليم الشفعة
عند القاضي وعند غيره على الذي وكله ثم قال شيخ الاسلام وذكر
في كتاب الوكالة قال محمد لا يجوز تسليم الوكيل الشفعة عند القاضي
ويجوز اقراره على موكله بالتسليم سوى في هذه الرواية بين التسليم
وبين الاقرار بتسليم الموكل وجعل الكل على الخلاف وفي كتاب الوكالة
فرق بين الاقرار وبين التسليم وبين التسليم نفسه والاصح ما ذكر في كتاب
الوكالة لان الوكيل بالشفعة وكيل بالخصومة والوكيل بالخصومة
يملك الاقرار على موكله في مجلس القاضي ولا يملك في غير مجلس
القاضي عند ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف الاول وهو قول
زفر لا يملك لا عند القاضي ولا عند غيره وفي قوله الاخر يملك
عند القاضي وعند غير القاضي اما التسليم فيجوز من الاقرار
لانه انما صح الاقرار عند ابي حنيفة ومحمد في مجلس القاضي لانه
هو الخصم والتسليم ليس من الخصومة في شيء بل تصرف مبتدأ وانما
لا يصح ذلك عند محمد واما عند ابي حنيفة وابي يوسف يصح بناء على
اصل اخر وهو ان من ملك اخذ الدار بالشفعة يملك التسليم وعند محمد
لا يملك بمنزلة الاب والوصي انهما يملكان تسليم شفعة الصبي
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا يجوز ويبقى
على الخلاف بينهم وهذا في معناهما وجه قول محمد وزفر ان الاب
والوصي فوض اليهما طلب الحق والوكيل هكذا فوض اليه طلب
الحق ومن فوض اليه طلب الحق لا يكون مستعملا من ابطاله
لانه ضد ما طلب منه ووجهها ان الاب اخذ الدار بالشفعة ملك
الدار ببدل فكان هذا في معنى الشراء ومن ملك شراء شيء ملك تركه

في الاب والوصي فيما هو لا انما يملكان ما هو انفع في حق الصبي وعدم النفع
قد يكون في الشفعة وقد يكون في تركه الا نرى انهما يملكان التحصيل بالترك
في سائر التجارات فكذا ههنا بخلاف الاسلام وهذا اذا كانت الدار
مشتراة بمثل قيمتها اما اذا كانت مشتراة باكثر من قيمتها يصح تسليم
الاب والوصي بلا خلاف لانه لا يصح اخذه في هذه الصورة لو اخذ
منها ولو لم يسلما ولكنهما تركا الخصومة حتى بلغ الصبي هل يكون
للصبي حق الطلب فيه اختلف مشايخنا قال بعضهم الجواب في هذا
والجواب في التسليم الشفعة سواء فيكون على الاختلاف وبعضهم قالوا لا تبطل
شفعته والاصح انه على الاختلاف كذا في شرح الكافي **قوله** اذ حق
ثابت لي ان الشفعة وتذكير الضمير على تأويل طلب الشفعة او على
التنكير الى الخبر **قوله** نص ابي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما اي
من الاب والوصي لان ولايتهما نظرية بالنظر في اخذها لا في تسليمها
اذا بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة ولا رواية في هذه الصورة
عن ابي يوسف بخلاف ما اذا بيعت بمثل قيمتها حيث يصح التسليم عند ابيها
كما عند ابي حنيفة والله اعلم

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع
الا يرى ان اقوى اسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع وفيها
ذلك وتقديم الشفعة على القسمة لما ان التملك بالشفعة ربما
يكون سببا للقسمة والسبب مقدم على المسبب ثم اعلم ان القسمة مشروعة
بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شيء فان لله خمسه وللرسول واما بعد الخمس صار اربعة الاخماس
للقسمة وقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وقوله تعالى لها
شرب ولكم شرب يوم معلوم والمناوبة في الشرب قسمة واما السنة
فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسم غنائم خيبر بخيبر و
غنائم اوطاس بها وغنائم بني المصطلق بمياههم وقد حدث صاحب
السنن باسناده الى بشير بن يسار عن سهل بن ابي حثمة
قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر نصفين نصفا لنوائبه
وحاجته ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما
واما المعقول فهو ان القسمة تحصيل معنى تكميل الانتفاع
بالحق والملك لان ملكه اذا تعلق بمحل شائع لا يمكنه الانتفاع
به دائما بل في وقت دون وقت وقد يتعذر عليه بعض
التصرفات

حشـ قسم رسول الله خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسماية فيهم ثلثماية فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما كذا في الشرح

لمكان

لمكان الشياع فلذا قسم لازالة المانع من نفاذ التصرفات على
الكمال فيتمكن من اقامة مصالحه به مطلقا فكانت مشروعة
ثم القسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين نحو قسمة
في اموال متغايرة ومتجانسة اما المتغايرة فمثل الدور والاراضي
المختلفة والثياب والدواب وصنوف الاموال المتغايرة ففي هذه
المواضع تقع القسمة معاوضة فيها معنى الافراز اما المعاوضة
فلانه يبدل حقه من محل الى محل آخر بعوض واما الافراز فلان
الملك لم يحدث بالقسمة لانه كان ثابتا قبلها لكن على سبيل الاختلاط
فهو بالقسمة تميز عن ملكه وملك صاحبه فيثبت ان حقه
في هذا المقسوم ولما ظهر معنى المعاوضة فيهما توقفت
القسمة على تراضيهما حتى لو اراد احدهما ان يقسم وامتنع الاخر
لا يجبر عليه لان الجبر على المعاوضة لا يستقيم واما المتجانسة
فمثل المكيل والموزون والمعدود والدراهم والدنانير فان معنى
الافراز ظاهر لان ما صار له بالقسمة لا يغاير ما كان له قبل
ذلك فصار كانه عين حقه لاستوائهما في تعلق المصالح والاغراض
بهما ولهذا يأخذ احد الشريكين نصيبه حال غيبة الآخر وكذا
يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة اذا اشترياه ثم اقتسماه
بخلاف الاشياء المتغايرة حيث لا يأخذ احدهما نصيبه في غيبة صاحبه
وكذا لا يبيعه مرابحة ذكر العتابي في الصغرى القسمة ثلاثة
انواع قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر
في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبي
في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم و
الخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الاجناس
المختلفة يثبت الخيارات اجمع وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيلات
والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية
وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم
يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية
ابي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية ابي حفص
لا يثبت **قوله** القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة وهذا
ليس بمذكور في الجامع الصغير ومختصر القدوري وانما ذكره صاحب
الهداية لانه لما شرع في كتاب القسمة احتاج الى بيان مشروعيتها

ثم لا يكون بينها جمع ذكره آنفا قوله كما في قضاء الدين يعني اذا حبس
المديون على رجل امر القاضي يجبره على قضاء دينه ان كان له
مال بجنسه حتى يبيعه في دينه فان كان دينه دراهم فقضاها
بغير امره وان كان دينه دراهم وله دنانير باعها القاضي
في دينه استحسانا وقد حررته ذكره في كتاب الحجر قوله وهذا لان احدهم
يطلب القسمة اشارة الى قوله اجبر القاضي على القسمة عند طلب
احد الشركاء قوله فان ينبغي للقاضي ان ينصب قاسما رزقه
من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان القسمة من جنس انها يقطع بها الخصومة تشبه القضا
فاشبهت رزق القاضي وذلك من بيت المال فكذا رزق القاسم ولان
مال بيت المال للمسلمين معد لمصالحهم ومنفعة القسمة لعامة المسلمين
فيكون رزق القاسم في مال العامة لان الغرم بالغنم قوله
فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجرة اي ان لم ينصب القاضي قاسما
رزقه من بيت المال نصب قاسما يقسم بالاجر على المتقاسمين
لان نفع القسمة لهم فيكون مؤنتها عليهم ولكن يقدر القاضي
اجرته على حسب عمله كيلا يتحكم بالزيادة على ذلك والافضل
هو التعيين من بيت المال لانه ابعد من الريبة وانفى للتهمة
لانه اذا قسم بالاجرة ربما يميل في القسمة الى البعض ممن يعطيه
المال اعطاه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
قال ابو حنيفة لا باس ان ياخذ قاسم الدار والارضين على الاجر
ممن يقسم بينهم لانه يعمل لهم بغير قضا وقال ابو يوسف ومحمد يعمل
القاسم القاضي رزقا من بيت المال لانه امين يعمل عملا باجره
ربما يميل الى احدهم ثم يوفر نصيبه طمعا في زيادة الاجر
ثم ابو حنيفة يقول الواجب على القاضي الامر بالقسمة دون القسمة
فلم يكن هذا من اعمال القضا فجاز ان ياخذ الاجر الى هنا لفظ
شرح الكافي قوله ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة
هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان القسمة لتمييز الحقوق
والعدل لا يضيعها وذلك لا يكون الا بعدالة القاسم وامانته ولان
القاضي يحتاج في تعيين الحقوق الى قوله فيشترط فيه العدالة
كما في الشاهد ولا بد من القدرة على القسمة ولا تحصل القدرة على
تحصيل الشيء بدون العلم فاشترط العلم لهذا قوله فلا يجبر القاضي

وله دراهم

الناس

الناس على القسمة بقاسم واحد هذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه وذلك لان
لحقهم فاذا رضوا بمن يتولى حقهم جاز كما في سائر الحقوق ولانه
لو كان متعينا ربما يتحكم على الناس بالزيادة على اجر مثلهم
وفيه ضرر عليهم فلا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولان القسمة
ان كانت في معنى العقد فلا يجوز الجبر عليه لان عقد الانسان
لا ينفذ على حكم الحاكم وان كانت في معنى الحكم فكذلك لانه لو تراضى
الخصمان برجل يحكم بينهما جاز فكذلك اذا تراضوا برجل يقسم بينهم
فلا حاجة الى تعيين القاضي من يقسم بينهم ولو اصطلحوا على القسمة
فاقتسموا بلا قاسم القاضي جاز لان الحق لهم ولان القسمة فيها معنى
المعاوضة فتصح بالتراضي كسائر المعاوضات الا اذا كان بين
المتقاسمين صغير فلا يجوز القسمة حينئذ بتراضيهم لانه لا ولاية لهم
على الصغير فلا بد حينئذ من الرجوع الى القاضي حتى يقسم بينهم قوله
ولا يترك القسام يشتركون هذا لفظ القدوري ايضا وذلك لانهم
حينئذ يتفقون على الحكم بزيادة الاجرة فيتضرر الناس فمنعهم عن ذلك
لنفي الضرر ويرخص الاجر بتبادر كل احد منهم الى القسمة خشية فوت
القسمة عند مباشرة الاخر قوله بتواكلهم التواكل ان يكل بعضهم
الامر الى البعض قوله قال واجرة القسمة على عدد الرؤوس عند
ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء اي قال القدوري في مختصره وثمرة الاختلاف
تظهر فيما اذا كان المال بين ثلاثة لاحدهم سدسه وللاخر
ثلثه وللاخر نصفه فاجرة القسام عليهم اثلاثا عنده وعندهما
اسداسا وقال في مختصر الكرخي قال ابو حنيفة اجرة القسام
على عدد الرؤوس دون الانصباء الا في المكيل والموزون فانها تكون
على قدر الانصباء وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي على قدر الانصباء
وقال في الكافي للحاكم الشهيد قال ابو حنيفة الاجر على عدد الرؤوس
وان كان نصيبه اقل من نصيب صاحبه وقال العمل في النصيب القليل
اشد فيما بين النصيب الكثير وقولهما كقول ابي حنيفة ذكره
ابو القاسم بن الجلاب البصري ووجه قولهما ان اجرة القسام من حقوق
الملك فيتقدر بقدره كما في سائر المؤن ولان الاجرة مقابلة بالعمل
القسمة والعمل يزداد بزيادة النصيب فيجب الاجرة على قدر الانصباء
كما في المكيل والموزون وحمل الحنطة المشتركة وحفر نهر مشترك

ولتعيين الاجرة وجه قول ابي حنيفة ان الاجر يجب مقابلا بالعمل
والعمل هو الافراز هنا وهو بمعنى الافراز في حق الشريك على
السواء فان افراز القليل عن الكثير كافراز الكثير عن القليل فاستويا
فيما كان مقابلا بالعمل ايضا فاعتبر عدد الملاك لا الاملاك
وربما كان حساب القليل اشد واصعب كما قال ابو حنيفة وربما
يشكل الامر فيكون حساب الكثير اصعب عليه كذلك ثم لا ينضبط
الى القلة والكثرة لان في صعوبة كل خفاء فاعتبر اصل التمييز
وهما فيه سواء كما في السفر لما كان في مشقته خفاء ادير الحكم على
نفس السفر بخلاف حفر البئر ونحو ذلك فان ثمة يتفاوت العمل
وفي الكيل انما بالقلة والكثرة فلا جرم اعتبر قدر المكيل والمذروع يحتاج الى
العمل في الجميع لافراز النصيب وكيل مائة قفيز ليس ككيل
عشرة اقفزة فيتفاوت المؤنة بتفاوت الملك فاعتبر قدر النصيب
ويتصل بعض هذا بجواب الكيل والوزن فقال الا ان كان
لاجل القسمة فاما اجرة الكيال والوزان فعلى عدد الرؤوس لا الانصباء
عند ابي حنيفة وان لم يكن للقسمة فيتقيد بكون الاجر على قدر الانصباء
لتفاوت العمل وهذا معنى قول صاحب الهداية فما هو على الخلاف
قوله وهو العذر له اطلق اي لتفاوت هو العذر اي الجواب
عن قياسهما على اجرة الكيال والوزان لو كان الاجر يجب ثمة مقابلا
بلا تفصيل على قدر الانصباء فان كيل الكثير اشق واصعب لا محالة
من القليل وكذلك الوزن بخلاف القسام فان القسمة افراز وبالعكس
والشريكان فيه سواء فاذا افرز القليل افرز الكثير لا محالة ثم قال
ولا يفصل تعقيبا لما ذكر من التفصيل قبل هذا معنى لا يفصل
في اجرة الكيل والوزن بل هي بقدر الانصباء مطلقا قوله
وعنه انه على الطالب دون الممتنع اي وعن ابي حنيفة ان الاجر
يجب على طالب القسمة من الشريكين دون الممتنع منهما قال
في شرح الاقطع روى الحسن عن ابي حنيفة ان الاجرة على الطالب
للقسمة دون الممتنع وقال ابو يوسف عليهما وجه قول ابي حنيفة
ان الطالب انما طلبها لنفع نفسه والممتنع امتنع لضرر لحقه
فلا يلزمه الاجرة فيما لا منفعة له وجه قول ابي يوسف ان القاضي
يجبرهم على القسمة كلهم ولا بد في ذلك فصار رضي ذلك بمنزلة القسمة
في حق الصبي والمجنون قال الفقيه ابو الليث في كتاب النوازل

وسئل

وسئل ابو جعفر عن اهل قرية غرمهم السلطان فارادوا ان يقسموا
فيما بينهم قال يقسم على عدد الرؤوس وقال بعضهم يقسم على قدر
الاموال قال الفقيه ان كانت الغرامة لتحصين اموالهم
تقسم ذلك على قدر اموالهم وان كانوا غرموا لتحصين الابدان
قسم على قدر رؤوسهم التي يتعرض لهم ولا شيء على النساء والصبيان
لانه لا يتعرض لهم لانه مؤنة الرأس قوله بالارض وان ادعى وحضر
الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها
عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على
موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر
في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم اي قال القدوري في مختصره وقال
في اشارات الاسرار الورثة اذا طلبوا قسمة العقار من القاضي
لم يقسم حتى يقيموا البينة على انها كانت لابيهم مات وتركها ميراثا
في قول ابي حنيفة وقالا يقسم باقرارهم لان الشيء في ايديهم ولا منازع
لهم فيقسم باقرارهم كما في المنقول والعقار المملوك بالشراء والهبة
ولا وجه للتقييد بالتماس البينة لانه لا منكر هنا حتى يقام عليه
البينة وجه قول ابي حنيفة ان القسمة تصرف على الميت في التركة
قبل القسمة حكم ملك الميت الا ترى ان الزيادة الحاصلة تختص
من مال الميت ويقضى منها الديون وتنفذ الوصايا بعده لانه
[illegible] ثم زادت قيمته قبل القسمة يخرج من
ثلثه له وبعد القسمة ينقطع حق الميت بالكلية حتى كانت الزيادة للوارث
ووقع في قسمته فاذا انقطع التصرف الى الميت ينقطع حقه لم يكن
بد من اقامة البينة بخلاف المورث المنقول لان في قسمته نظرا
للميت لجهة انه الان لو هلك هلك على الميت كما هلك العقار
وكذا بخلاف المشترى لما ادعيت ثم يصرف على الغير لان حق البائع
بعد قبض المبيع انقطع عنه بالكلية وجملة القول هنا ما قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فقال واذا كان
الدار وغيرها في ايدي قوم حضروا فقضوا وكان علمه عند الحاكم
فسألوه قسمتها قال ابو حنيفة فان كانت الدار وسائر العقار
ما كان في ايديهم حتى تقوم البينة على اصل الميراث وقسم ما سوى العقار
بينهم بغير بينة وهذا عند ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف ومحمد
اذا كانوا يقرون على انه ميراث قسم بينهم باقرارهم من غير بينة

سواء كان عقارا او غيره واجمعوا على ان المنقول بينهم يقسم باقرارهم
من غير بينة هما يقولان بان المال في ايديهما ولا منازع لهما فيه فاذا
طلبا القسمة يقسم كما في المنقول وابو حنيفة يقول القسمة قضاء
على الميت لانه [illegible] فلا يجوز من غير بينة وانما قلنا ذلك لان التركة
بعد الموت مبقاة على ملك الميت ولهذا قلنا بانه لو اوصى لرجل
بعبد وهو يخرج من الثلث فزاد قبل الدفع اليه يعتبر هذا
زيادة في مال الميت ولو زاد بعد الدفع اليه يكون زيادة في مال
الموصى له وكذلك لو اوصى بجارية فولدت ثم زاد على الثلث او ولدت
قبل الدفع لا بعد الدفع او لو اشترى بعده ثبت له الولد وكذلك
حق الميت لا يجوز من غير حجة بخلاف المنقول لان القسمة هناك
وقعت لاجل الحفظ وللقاضي ولاية الحفظ فجاز نفوذه نظرا الى الحي
فاما قسمة العقار فليست من باب الحفظ بل العقار محفوظ بنفسه فلا
اذا قسم العقار بينهم يكون قضاء عليهم لا على غيرهم فيشهد انه
قسم باقرارهم حتى لو حضر وارث آخر لا يكون ممضيا عليه
وكذلك لا خلاف في العقار ان كان في الورثة صغير او غائب
والعقار كله في ايدي الذين حضروا ان الحاكم لا يقسم بينهم حتى
تقوم البينة على الميراث خلافا لهما وقال ابو يوسف ومحمد ايضا
ان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لم يقسم باقرار
الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث وقال محمد ايضا
وان كان في يد الغائب منها شيء او وديعة رجل [illegible] غائب
لم اقسم ذلك حتى يحضر فاتفقوا في هاتين الصورتين ان القاضي
لا يقسم التركة الا بعد اقامة البينة على الخصم لان جواز القسمة تبتني
على كون المال [illegible] ظاهر وانما يعلم ذلك بتصادقهم او بالبينة
وقد فقد الاقرار [illegible] البينة بخلاف المسئلة الاولى
[illegible] الورثة [illegible] لكونه [illegible] ذكرنا [illegible]
[illegible] عنهم واذا حضر القاضي [illegible] من الورثة والعقار
في ايديهم [illegible] البينة على اصل الميراث قسمه القاضي بينهم
[illegible] القاضي [illegible] الصغير او الغائب من [illegible] لان
البينة ههنا [illegible] على خصم حاضر [illegible] حضور احدهم
[illegible] البينة [illegible] القسمة وان كان الحاضر واحدا
لم يقسم لانه ليس معه خصم حتى يقضي القسمة عليهم وروي في الامالي عن ابي يوسف

ان القاضي ينصب عن الغائب خصما ويقسم القسمة لو علم [illegible] هذا
ليس بسديد لان رجلا لو ادعى على غائب حقا لا ينصب القاضي عنه
خصما حتى يسمع عليه الدعوى بل لا بد من خصم حاضر حتى يقع
القضاء عليه اصلا او ينوب حضوره عن حضور الغائب وان كان
معهم صغير جعل له القاضي وصيا وقبل البينة عليه واجبر (خصم)
بالقسمة لان الخصم حاضر لكنه عجز عن الجواب بنفسه فاقام غيره
مقامه في الجواب عنه وقال ابو حنيفة اذا كان العقار بين قوم
حضروا جميعا وتصادقوا عليه قسمته بينهم بغير بينة لانهم
اذا اتفقوا على كونه شراء فقد انقطع حق البائع عنه وثبت الملك
لهم فيقضي القسمة ولو كان فيهم غائب لم اقسمها بينهم حتى يحضر الغائب
وان اقاموا البينة على الشراء وهو قول ابي يوسف ومحمد لان الحضور
ليسوا خصوما عن الغائب فيما يدعي بالشراء فلا ينفذ القضاء عليه وقال
ابو يوسف ومحمد اذا كانت الدار [illegible] وكيل وصية بالثلث
وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فاراد الموصى له
بالثلث القسمة واقام البينة على المواريث والوصية كان للدار ان يقسم
على ذلك لان الموصى له بمنزلة الوارث لانه يدعي بعض التركة من الوارث
لو اقام البينة على الارث وطلب القسمة فان القاضي يجيبه الى ذلك
فكذلك ههنا الى هنا لفظ شرح الكافي **قوله** فان كان المال المشترك ما سوى
العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم هذا لفظ القدوري في
مختصره [illegible] شرح الاقطع هذا الذي ذكره استحسان في
ان لا يقسم كما ذكرنا في العقار [illegible] بالحفظ [illegible]
قوله وان ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم هو لفظ
القدوري ايضا في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب القسمة
وذكر في الجامع الصغير انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك
وجه الرواية الاولى ان المبيع بعد القبض ليس على ملك البائع فلم
يبق للبائع فيه حق فلذلك يقسم بقولهم وجه رواية الجامع الصغير
انهم اعترفوا بالملك للبائع وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا ببينة
كما لو ادعوا الميراث والفرق بينهما ان قسمة الميراث تقتضي الحكم
بالموت وذلك يتعلق به احكام كثيرة منها حلول الدين وعتق امهات
الاولاد والمدبرين وهذه الاحكام لا يجوز اثباتها بقول الوارث فلهذا
لم نحكم في الميراث بقولهم وليس كذلك الشراء **قوله** وهو مفيد

ذكره المصنف الراجع الى البينة على تأويل قيام البينة وهذا احتراز عن
قولهما لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا تنفذ قضاءً بل تنفذ ذكر
لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيكون مدعيا عليه وكذا
كل واحد من الورثة مقرّ فينبغي ان تمنع اقراره قيام البينة قضاء
لا يمنع ذلك بسبب الاقرار كما في الوصي اذا اقر بدين على الميت
تدعيه انسان ليكلفه المدعي اقامة البينة ويكون الخصم الوصي حتى انه
وان كان مقرا كما في الوارث ايضا اذا اقر بالدين يساويه كما ذكر
انه يستوفي شيء في الفصل الخامس من قوله اذا اقر الوارث بالدين
فانما دل الطالب ان يقيم البينة على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت
فانه يسمع بينته لانه اذا اقام البينة يستوفي دينه من كل
التركة وينتصر الشركة كلها فحوله بدينه قوله ولا كذلك العقار
عنده اي عند ابي حنيفة قوله فان ادعوا الملك لم يذكروا كيف
انتقل يقسم بينهم اي قال القدوري في مختصره يعني لم يذكروا
سبب الانتقال اليهم من الشراء والارث وغيرهما وكذلك ان كان من
في يده شيء فالظاهر انه له فيقبل قولهم في القسمة قوله
هذه رواية كتاب القسمة اي الذي ذكره القدوري بقوله وان ادعوا
الملك لم يذكروا كيف انتقل قسم بينهم رواية كتاب القسمة من المبسوط
وفي الجامع الصغير لا القسمة حتى يقيموا البينة على الملك قوله
ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة اي المذكور في الجامع الصغير وهو
قوله لا نقسمها حتى يقيموا البينة على الملك قول ابي حنيفة خاصة
لا قولهما لان عند ابي حنيفة في الميراث لا نقسم بدون البينة وهذا
العقار كذا ان يكون موروثا او غير موروث فلا يقسم احتياطا وعندهما
تقسم في الميراث بدون البينة فهاهنا اولى وحكم قال ما ذكر في الجامع
الصغير قول الكل واليه مال فخر الاسلام في شرحه ولا نقسم بقولهم
لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة
بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج الى
الى الحفظ فلم يثبت الملك بالبينة لا نقسم حتى لو كان في ايديهما
شيء من العقار ويقسم من غير اقامة البينة كان ما سوى العقار محتاج
الى الحفظ والصيانة لانه يخشى عليه التوى والتلف وبحرى
فيه القسمة للحفظ لا تري ان المودع عين بقسمها ويمسك منهما للحفظ
بخلاف العقار وهذا معنى قوله وقسمة الملك بغير ذي ای الی تمام
تمام الملك

ماصح

بامتنع الجواز اي جواز القسمة قوله فان ادعوا حضروا ارثا عن اقاما
البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث
غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب
الغائب اي قال القدوري في مختصره والصغير قوله في ايديهم ذكر بلفظ
الجمع وان كان راجعا الى التثنية لان التثنية في معنى الجمع هذا اذا لم
تكن الدار في يد الغائب شيء منها فان كان في يده شيء منها لم تقسمها
تجي بيانه بعد هذا وذكر لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت
فاذا حضر الوارثان فكان احدهما بالقسمة كان الطالب يقام الميت
كان يقضي عليه كما يقضي على احد الورثة بالدين المدعى على الميت كان
الغائب فالقاضي قائم مقامه وينصب من يحضر خصما يقضي عليه
بالقسمة ويتقدم بيانه قبل قوله ولا بد من اقامة البينة
في هذه الصورة ايضا عنده اي لا بد من اقامة البينة على الوفاة
وعدد الورثة فيما اذا كان مكان الغائب صبي عند ابي حنيفة كما اذا
كان معهم وارث غائب قوله ولو كانوا مشترين لم تقسم مع غيبة
احدهم هذا لفظ القدوري في مختصره والفرق الى اخره يعني الذي
الارث اذا اقاموا البينة تقسم مع غيبة احدهم وفي دعوى الشراء لا تقسم
مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الوفاة وعدد الورثة والفرق
وذلك ان احد الوارثين لا يصلح خصما عن الاخر فان الشراء ملك مبتدأ وهذا
ليس للمشتري ان يرد بالعيب على بائع البائع والحاضر لا يصلح خصما عن
الغائب لانه ليس بوكيل والقاضي لا ولاية له على الغائب فلم يجز ان تقسم
بلا خصم من يقوم مقام الغائب بخلاف ملك الوارث فانه ملك
خلافة ولهذا يرد الوارث بالعيب ما اشتراه المورث ويرد بالعيب على
الوارث فيما باعه المورث ويصير الوارث مغرورا ويكون للولد حرا بالقيمة
ويرجع بها الوارث على البائع كالمورث في حقوقه فصار احدهما خصما
عن الميت والاخر عن نفسه فتصح القسمة بحضرة المتخاصمين ويثبت
حق الغائب لطريق التبعية قوله ملك مبتدأ اي ملك جديد قوله
وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم تقسم هذا لفظ
القدوري في مختصره وقوله او شيء منه فانه من لفظ صاحب الهداية
وذلك لان القسمة فيها استحقاق يد الغائب فلا يجوز ذلك من غير خصم
حاضر عنه وكذلك اذا كان في يد صغير لان هذا قضاء على الغائب
والصغير لانه حعله امينا في الحفظ وغير مقبول القول في القسمة قولا بالقضاء

من غير خصم فلا يجوز ما ذكره صاحب الهداية ولا فرق في هذا الفصل
أي في أنه لا يقسم إذا كان العقار في يد الوارث الغائب بين إقامة البينة
وعدمها يعني لا يقسم القاضي وإن أقام الحضور البينة على الوفاة و
عدد الورثة قال وهو الصحيح وهو احتراز عما ذكره الكرخي في مختصره
عن أبي يوسف أنه قال لو كانت الدار في يدي الغائب أو
في يدي الصغير أو في يد أمينه شيء لم أقسمها حتى تقوم البينة
على المواريث كذلك الأرض وهو قول محمد إلى هنا لفظ الكرخي فعلم أنه يقسم
عند قيام البينة كما ترى وإليه ذهب صاحب التحفة حيث قال وإن كانت
الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في يد أمينهما فهي على هذا لا تقسم
حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق قوله كما إذا كان
في الكتاب أي في مختصر القدوري إذا ذكر قوله لم تقسم لأنه لم يفصل
بين إقامة البينة وعدمها قوله فإن كان حضر وارث واحد لم
أي قال القدوري في مختصره وروي عن أبي يوسف في الأمالي أن القاضي
ينصب عن الغائب خصما فتنفذ القسمة له وعليه وعلى هذا قيل هذا
وهذا لأن القسمة لا بد لها من متقاسمين فلم يوجد فلم يجز وليس
كذلك إذا حضر وارثان لأن المطالب بالقسمة تقوم مقام نفسه والآخر
تقوم مقام الميت وحق الغائب يثبت على طريق التبع أما الواحد
لا يصلح أن يكون خصما ومدعى عليه قوله ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا
القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة ذكره تفريعا على
مسألة القدوري قال الكرخي في مختصره وقال أبو حنيفة إن كان وارث حاضر
و[illegible] غيب صغار و[illegible] وأقام الوارث الحاضر البينة على
المواريث وسأل القاضي أن يقسم الدار فإنه لا يقسمها لأنه ليس منه
خصم فإن كان معه خصم صغير أو جعل له القاضي وصيا
وقبل البينة وأمر بقسمة الدار لأن معه خصما وهو قول أبي يوسف
ومحمد وكذلك كتابة العقار إلى هنا لفظه قوله وكذا إذا حضر وارث
كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث
والوصية ذكره أيضا تفريعا يعني تقسم الدار لوجود الخصمين في الصور
في غيبة يرجع إلى الدار والله أعلم فصل في ما يقسم وما لا يقسم
لما كانت القسمة متنوعة إلى ما يقسم وإلى ما لا يقسم باعتبار النظر
إلى الشيء الذي يراد قسمته شرع في بيان ذلك قوله قال وإذا كان كل
واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم أي قال القدوري

طلب
مختصره وذلك لأن القسمة حق لكل واحد منهما ولهما فيها منفعة فإذا
أحدهما أجبر الآخر عليها لحصول المنفعة والفائدة قوله فيما يحتملها
أي يحتمل القسمة أراد باحتمال القسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه
بعد القسمة قوله بيانه من بعد إشارة إلى قوله إذا كانت حصة [illegible]
واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء قوله
ينتفع م وإن كان أحدهم ينتفع والآخر يستضر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب
الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم هذا لفظ القدوري
في مختصره قال في شرح الأقطع وقال ابن أبي ليلى لا يقسم في الوجهين
أما إذا كان الطالب للقسمة ينتفع بنصيبه فهو طالب لحق له ثابت
فيجب مطالبته ولا يعتد باستضرار الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك
شريكه ولا أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه وأما إذا طلبها
الذي يستضر فلا منفعة له في القسمة فيكون متعنتا فلا تصح دعواه
وذكر الجصاص وهو أبو بكر أحمد بن علي الرازي على عكس هذا فقال يقسم
إذا طلب صاحب القليل لأنه رضي بضرر نفسه ولا يقسم إذا طلب
صاحب الكثير لأنه لو قسم لاستضر شريكه كذا نقل الصدر الشهيد
في شرحه لأدب القاضي عن الجصاص وكذلك نقل عنه في الفتاوى
الصغرى وكذلك نقل صاحب الهداية ولنا في هذا النقل عنه نظر
لأن الجصاص وهو أبو بكر الرازي ذكر في شرحه ما ذكره الخصاف في أدب
القاضي بعينه ولم يذكر خلاف ذلك وكذلك ذكر الجصاص في شرحه لمختصر
الطحاوي كما ذكره أحمد بن عمرو الخصاف ولم يذكر خلاف ذلك وقال الخصاف
في أدب القاضي وإذا كان الضرر إنما يدخل على أحدهما لأن نصيبه
قليل والآخر كثير فطلب صاحب النصيب الكثير القسمة وأبى ذلك الآخر
فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا يقسم ذلك بينهما إلى هنا لفظ الخصاف
ولم يذكر محمد قولا ولكن الطحاوي ذكر المسألة في مختصره بلا تخصيص
إلى حنيفة وأبي يوسف فقال وإن كان الذي يصيب الطالب منهما ينتفع به
لكثرته وما يصيب الآخر مما لا ينتفع به لقلته قسمها بينهما إلى هنا لفظ
الطحاوي وقال أبو بكر الرازي وهو الجصاص في شرحه وذكر أن الطالب
حقا في هذه القسمة وهو الانتفاع بملكه متميزا عن حق غيره ومنع
غيره من الانتفاع بملكه والذي يأباها إنما يريد الانتفاع بملك غيره
ويجبر على القسمة إلى هنا لفظه ولم يذكر غير هذا وقال في الفتاوى
الصغرى دار بين رجلين وطلبا القسمة جميعا وتراضيا بذلك

نذكر وليس لنصيب كل واحد منهما ما ينتفع به فان القاضي يقسم بينهما ذكر
لان الحق لهما وقد تراضيا بهذا الضرر وان طلب احدهما
القسمة وابى الآخر لم يقسم القاضي بينهما لان الطالب متعنت مضر
بالآخر وان كان الضرر يدخل على احدهما بان كان نصيبه قليلا
بحيث لا ينتفع منتفعا بعد القسمة ونصيب الآخر كثير ينتفع منتفعا بعد
القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وابى الآخر فالقاضي يقسم
وان طلب صاحب القليل وابى الآخر لا يقسم هكذا ذكر الخصاف
في ادب القاضي وذكر الجصاص على عكس هذا وما ذكره الجصاص
اصح وذكر في قسمة الواقعات دار بين رجلين لاحدهما الكثير وللآخر
قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وابى
صاحب القليل قسمت بينهما بالاتفاق فان طلب صاحب القليل وابى
صاحب الكثير ذكر الكرخي في مختصره لا يقسم واليه مال الفقيه ابو الليث
وعليه فتوى اصحابنا وبه اخذ شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام
الاسبيجابي وذكر الحاكم الجليل في مختصره انه يقسم واليه ذهب شيخ الاسلام
خواهرزاده وعليه الفتوى وهذا خلاف ما ذكر في ادب القاضي
الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي
وقال ابو حنيفة انما امتنع القسمة اذا كان الضرر عليهما جميعا واما
اذا كان الضرر على احدهما دون الآخر قسمته ايهما طلب الى هنا لفظ الحاكم
قوله والوجه الاول الترجيح فيما ذكرناه اي وجه ما ذكره الحاكم الترجيح
فيما ذكرنا اما قسمته بطلب صاحب الكثير فلانه ينتفع به واما قسمته
بطلب صاحب القليل فلانه رضي بضرر نفسه قوله والاصح المذكور في
الكتاب اي في مختصر القدوري وهو الاول اي المذكور في الكتاب
هو المذكور اولا وهو انه لا يقسم اذا طلب صاحب القليل لانه متعنت
والمتعنت طالب لتعنته وهو المستغني فان في هذه القسمة [illegible]
حيث منفعته اذا جاء لطلب ذلك قوله وان كان كل واحد
منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما وهذا لفظ
القدوري في مختصره الاول لصغره وذلك لان القاضي انما يجبر
على القسمة اذا طلب صاحب الكثير وابى الآخر لتكميل المنفعة وفيما
اذا كان يستضر كل واحد بنصيبه بعد القسمة تفوت المنفعة فلا
تقسم الا انهما اذا تراضيا جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بضررهما
جاز لان الرضا بالضرر جائز وعلى الربا لا يجوز لهذا الوجه اصلا
على

على بعد
قسمة الحمام والثوب جاز وان كان لا ينتفع كل واحد منهما بنصيبه
القسمة واذا كانت حنطة بين رجلين للثلث ردية وعشرة جيدة
فاخذ احدهما عشرة جيدة والآخر الثلاث ردية وفضل العشرة مثل
قيمة الثلاث فانه لا يجوز لانه ربا والرضا بالربا لا يجوز قوله
قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد اي قال القدوري في
مختصره يعني اذا طلب احد الشركاء في العروض القسمة وابى الآخر
قسمها القاضي جبرا اذا كانت العروض من جنس واحد لاتحاد
المقصود من المقسوم والمنفعة قال في شرح الطحاوي الكيلي
والوزني [illegible] اذا طلب احدهما قسمته فان
القاضي يقسم بينهما وكذلك العددي المتقارب وان كانت غنما
او ابلا او بقرا او حمامة من جنس واحد فانه يقسمها
واما الرقيق فلا يقسم بينهم عند ابي حنيفة لان الرقيق اجناس مختلفة
لاختلاف معانيهم وعندهما تقسم كالاغنام والابل والبقر
وان كان مع الرقيق مال آخر تقسم كله في قولهم ولو تراضيا على
القسمة لعروض مختلفة جاز وان كان ثوب واحد او حمام
او بيت فلا ينتفع كل واحد به بعد القسمة فانه لا يقسم بينهما لما
ذكرنا ان القسمة لتحصيل المنفعة ولا تحصل المنفعة لو اجاز
فالذي يطلب القسمة متعنت فيه فالقاضي لا يجيبه الى ذلك
فاما اللآلئ فانها تقسم بينهما الا اذا كان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة
ما لا ينتفع به فحينئذ لا تقسم الا اذا تراضيا على ذلك لان التراضي
على الضرر يجوز بحرمان نفسه ولو تراضيا على قسمة الحمام والبيت
وان كان لا ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة قال الكرخي
في مختصره قال علي بن الجعد اذا كان غنم بين رجلين حيوانا او
شيئا فاخذ احدهما [illegible] قال اقسمها بينهما وان لم تقع السهام على
العبرات [illegible] ان يكون في بدله [illegible] انه لا [illegible]
وكذلك قال ابو يوسف وكذلك الابل والبقر والشاة [illegible] الهروية
وكذلك كل صنف من الثياب يستقيم فيه القسمة واما الثوب الواحد
فلا يقسم عند القسمة وكذلك الثوبان اذا اختلفت قيمتهما لا يقسم
الا ان تراد مع الاوكس دراهم فيتساويا على الوصية والفضل
وان كان احد الثوبين يساوي عشرين والآخر يساوي ثلاثين فانهما يقسمان
على هذه القيمة ثم تقرع بينهما على ان ايهما اصابه الاوكس اخذ مع ذلك

سدس لا فضل فيها ان كره ذلك احدهما على ان يرد دراهم اسهمه
بقيمتهما على انه ايهما اصابه الافضل رد خمسة دراهم على صاحبه الاوكس
والثوب الواحد لا يقسم عند ذلك اذا كره احدهما وان اختارا ذلك
لم يقسم ايضا الا ان يصطلحا على شقه كما بينا فاما الحاكم فلا يشقه
ولانه اتلاف يستقيم قسمة العين على ما عرفت كذا في التتمة
وان كان ثوب اقبية وجبة وقميص وبساط ووسادة وما رهدا
لا يقسم وكذلك قال ابو حنيفة من قبل اختلاف قيمتهما وكذلك ثياب وبقر
وبرذون وحمار وقال ابو حنيفة لا اقسم الرقيق لان التبر الرقيق
ما سواه من الحيوان من قبل اختلاف الرقيق لان اختلافه متفاحش
وكذلك اللؤلؤ والياقوت والزبرجد فاما الفضة التبر والذهب التبر
والحديد التبر والنحاس التبر فانه يقسم ولا يقسم الآنية من ذلك
والمكيل والموزون يقسم قليله وكثيره ولا يقسم حانوت ولا ارض
بين اثنين ولا حمام ولا حانوت صغيرا وان كان نصيب كل واحد لا
ينتفع به واذا استغنى احدهما وكان اكثر نصيبا ولم ينتفع الآخر
فان ابا حنيفة قال اقسم وقال ابن ابي ليلى لا اقسم الى هنا لفظ الكرخي
قوله ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض هذا لفظ القدوري
في مختصره يعني لا يقسم القاضي جبرا الاجناس المختلفة قسمة جمع بان
جمع نصيب احدهما في الابل ونصيب الآخر في البقر لان من كل نوع
جنس المنفعة على الآبي لان قبل القسمة كان له منفعة في الجنسين
جميعا بعد القسمة فاتت منفعة احدهما فلم تقع القسمة تمييزا بل
وقعت معاوضة وسبيلها التراضي دون الجبر ولان الجنسين لم يكن
بينهما اختلاط حتى يكون القسمة تمييزا فكانت معاوضة ولا يجوز المعاوضة
الا بالتراضي قال في التحفة فاما في المنقول سوى الرقيق ان كان جنسا
واحدا مثل الابل والبقر والغنم والمكيل والموزون فانه جائز
لان اختلاف التفاوت يسير فاما ان جعل احدهم الابل والآخر الغنم
وللآخر البقر لم يجز لاختلاف الانواع وكذا في الثياب من جنس واحد
يجوز القسمة وفي الاجناس المختلفة لا يجوز وفي الثوب الواحد لا يجوز
لانه يحتاج الى القطع وهو ضرر قوله ويقسم القاضي كل مكيل
وموزون مثل الكثير والحديد والصفار ونحو تبر الذهب والفضة
وتبر الحديد والنحاس والآنية باعتبارها اي البقر او الغنم ذكره
تفريعا على مسئلة العدديات وذكر ان الخمس تصلح جمع ذلك

س

من غير تفاوت وكذلك تبر الذهب وتبر الفضة وتبر النحاس
وكل صنف من ذلك يقسم لعدم التفاوت فيه ووجود التعديل
في نصيب كل واحد من الشريكين وعلى هذا المعدود الذي لا يتفاوت
كالجوز والبيض يقسم بعضه في بعض لان التعديل يمكن فيه
وكذا في الابل او البقر او الغنم لقلة التفاوت قوله والآنية
بالنصب عطفا على قوله كل موزون ثمه نسختان والآنية وهو
لا يناسب وهي مناسبة لما قبله والنسخة الاخرى الالية وهي
مناسبة لما بعدها قوله ولا يقسم الاواني اي من الذهب والفضة
والنحاس يعني لا يقسم الاواني من الفضة بعضها في بعض وكذا
لا يقسم اواني الذهب بعضها في بعض لانها بالصنعة صارت في
حكم الجنس المختلف بدليل اختلاف القيم وكذلك الاواني من
الصفر والرصاص قوله ولا يقسم ثوبا واحدا ذكره تفريعا
ايضا وذلك لانه في قسمته لابد من تجزئته وفي ذلك ضرر على الشريكين
فلا يكون للقاضي فعله فان تراضيا لم يفعله القاضي ايضا لما فيه
من اتلاف الملك ولكنهما يقتسمانه ان شاءا بانفسهما وكذلك الثوبان
اذا اختلفت قيمتهما لان الثوبين المختلفين لا يعدل احدهما
بالآخر الا بزيادة دراهم مع الاوكس وادخال الدراهم في القسمة
لا يجبر عليه القاضي لان القسمة حق الملك المشترك والشركة
بينهما في الثياب فلو ادخل في القسمة دراهم يقسمها ليس بمشترك وهذا
لا يجوز فان تراضيا على ذلك جاز للقاضي ان يقسم لانه لا ولاية في ذلك
لهما كذا في شرح الاقطع قوله بخلاف ثلاثة اثواب يعني يصح
قسمتها كما بين الكرخي وجهه بعد من قبل هذا قوله وقال ابو حنيفة
لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتها وقالا يقسم الرقيق هذا لفظ
القدوري وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره واما الرقيق
فان ابا حنيفة قال لا يقسم الرقيق وقال ابو يوسف ومحمد يقسم الرقيق
كما يقسم ما سواه وان كان مع الرقيق سواه من عروض وغيرها
قسم ذلك كله بينهم وادخل معه الرقيق في قولهم جميعا الى هنا لفظ
الطحاوي وقال العتابي اعلم ان في هذا الباب ثلث مسائل من كتاب القسمة من الجامع
الكبير ان ابا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق من اركان الجنس واحد التفاوت
بين الرقيق الذكور والاناث والخنثى المختلفين بمعانيه
الا ان يجمع نصيب كل واحد في رقيق واحد فيكون عندهما على رواية الجامع حر

في كتاب المضاربة الكبيرة فعلى ان يرى القاضي الصلاح في القسمة
الصحيح قياسا على رواية كتاب الصوم وعلى رواية كتاب القسمة والدين لو كان
القسمة وكيلا بان يقسم كل شريك رقيق واحد الى هنا لفظ العناية شرح
وقال فخر الدين قاضي خان في كتاب الوصايا من الجامع الصغير قال
ابو حنيفة لا يقسم الرقيق يريد به قسمة الجمع بان كان رقيق بين
اخوين فاراد احدهما ان يكون في نصيبه عبد وفي نصيب الآخر عبد فيدفع عبدا الى هذا وعبدا
الى ذاك من غير رضا الشركاء الا ان يكون معهم شيء آخر من غنم او ثياب
او متاع فحينئذ يقسم ويجعل الرقيق تبعا لغيرهم وقال القاضي
بالحساب ان شاء قسم الكل قسمة واحدة وان شاء قسم كل عبد قسمة على حدة
وجه قولهما ان الرقيق جنس واحد لاتحاد الاسم ولهذا تعلق الحكم فان
من تزوج امرأة على عبد صحت التسمية كما لو تزوج على ثوب هروي
ويلحق بالاجناس المختلفة لكثرة التفاوت فكان الرأي الى القاضي
ان شاء قسم كل واحد قسمة على حدة الحاقا له بالاجناس المختلفة وان شاء
قسم قسمة جمع كالثياب من صنف واحد ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة
بالاتفاق ولابي حنيفة ان المقصود من القسمة تكميل المنفعة ولا يعدل
الا نصابا على وجه يتساوى من غير تفاوت وذلك لا يتأتى في الآدمي
لتفاوت المعاني الباطنة الا ترى ان واحدا تنظر الى الفطنة
في العقل وهو بليد في نفسه ابله وتنظر البله وهو ذهن
وانهما وعلى غير هذا ... عما قل متصف بذلك
تقول بعضهم ... في الدنيا ... الاشياء ... من الانواع
ويقول الا ... حتى يعدل الالف بالالف والف ... الواحد
ولان المطلوب من العبدين يختلف اختلافا فاحشا لانه يراد لبعض
من احوالها الزراعة ومنها الخدمة ومنها ... ومنها
ما لا يصلح الا ... وهي مختلفة الاغراض صار كالاجناس
المختلفة فتعذر التعديل بين العبدين الا اذا كان مع العبد
مال آخر فحينئذ تقسم قسمة الجمع من غير رضا الشركاء فيجعل الرقيق
تبعا له ... ولا يثبت مقصودا كبيع الشرب
والطريق ... هذا ... من العبد ... بكل قوم والقسمة
... ولانه قسمة الرقيق ... والغنيمة ... جميع الاجناس المختلفة ... كذا

يوضحه

يوضحه ان حق الغانمين ليس يتعلق بعين الغنيمة بل بالمالية
ولهذا كان للامام ان يبيعها ويقسم ثمنها وحق الشركاء متعلق بالعين
والمالية جميعا ومع فحش التفاوت بين العبيد لا يمكن التعديل
فتعذر القسمة في الرقيق العبيد واما المتفاضلة قوله
واما الجواهر فلتفاضل لانه ذكر اولا شيئين بقوله لا يقسم الرقيق
والجواهر ففرع عن بيان الرقيق ثم شرع في بيان الجواهر
بيان وتفصيل لا تقسم اذا اختلف الجنس نفي الجواب بيته على تفصيل
على قول بعضهم ان كانت اجناسا كاللآلي واليواقيت فاذا انفرد
جنس منها امكن التعديل فيه في ذات قسمته والبيه ذهب الشيخ
... وعلى الجواب على تفصيل آخر ان كانت اللآلي
... كبارا لا يقسم لفحش التفاوت وان كانت صغارا يقسم
لقلة التفاوت وقيل جواب القدوري على الاطلاق فلا يقسم
الجواهر لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق ثم الرقيق
لا يقسم عند ابي حنيفة فالجوهر اولى ولهذا لو تزوج على عبد صح
ولا يصح التزوج على لؤلؤة او ياقوتة وهذا اصح عندي قوله قال
ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين
قال الفقيه ذكره في مختصره واصل هذا ما قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء
الضرر عن احدهما او عن كلاهما اما اذا تضرر به واحد منهما لان
تكليف تحمل الضرر ما لم يرد الشرع به والقسمة بالتراضي جائزة كيف
ما كانت فما لا يقسم الحائط وما اشبه ذلك بين الشركاء لما فيه من الاضرار بهم
وهذا في الحمام الصغير الذي اذا قسم لا يبقى منتفعا به انتفاع الحمام
فاما اذا بقي نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك
الجنس فانه يقسم لانعدام الضرر الا ان يتراضوا على القسمة
لانهم رضوا بتحمل الضرر وقال ابو حنيفة اذا كان طريق بين قوم
ان اقتسموا لم يكن لبعضهم طريق ولا ممر فاراد بعضهم قسمته لم اقسمه
وكذلك ان كان في قسمته ضرر على بعضهم ورد بعضها في ضيق
الطريق او لانه لا يجد طريقا لم اقسمه بينهم الا ان يتراضوا جميعا
لان القسمة لتكميل الانتفاع كما قلنا وشرعها هاهنا مع تعذر
الانتفاع به لعاد الشيء على موضوعه بالنقض وهو باطل وكذلك
لا يجوز وان كان يكون لكل واحد طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك
احدهم

لانه يحصل المقصود من القسمة بقسمتهم واذا كان طريق بين رجلين اراد احدهما قسمته
لم يكن لواحد منهما فيه حصة ولكن كل واحد منهما لقدر ان يفتح في منزله
بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فاذا اراد احدهما قسمته وابى الآخر
قسمته بينهما لانه يقدر على الانتفاع بملكه من طريق آخر بل الشرط
بقاؤه منتفعا به من هذه الجهة بل بقاؤه منتفعا به في الجملة
وانه حاصل واذا كان مسيل ماء بين رجلين اراد احدهما قسمته
وابى الآخر فان كان له فيه موضع يسيل ماءه سوى هذا قسمته وان
لم يكن له موضع الا بضرر لم اقسمه لما ذكرنا ان القسمة على وجه ينقطع
عليه الانتفاع بملكه اضرار فلا يصار اليها كذا في شرح الكافي
قوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في اول هذا الفصل بقوله فيجبر
عند تراضيهما لا لحوطهما [illegible] قوله فان كانت
دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقالا
ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها اي قال القدوري في مختصره
وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة اذا كانت الدور بين قوم ميراثا فاراد
احدهم ان يجمع نصيبه منها في دار واحدة وابى الآخر واختلف الشركاء
في ذلك فان القاضي يقسم كل دار منهم على حدة ولا يضم بعض
انصبائهم الى بعض الا ان يصطلحوا على ذلك وكذلك منازل في دار
متفرقات احدها في اقصاها والآخر في ادناها فان كانا مجتمعين
في مكان قسمتها قسمة واحدة وجمعت نصيب كل واحد منهم في احدهما
ولو كانت داران مجتمعتان قسمت كل واحدة على حدة في قول ابي يوسف
ومحمد تنظر في القسمة فان كانت اذا جمعت انصبا كل واحد في دار
كان اعدل في القسمة جمع ذلك الى هنا لفظ الكرخي ثم الخلاف
بين ابي حنيفة وصاحبيه فيما اذا كانت الدور في مصر واحد كذا
اطلق الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره وكذا اطلق الحاكم الجليل
في كافيه وعلى الاطلاق لفظ محمد في الاصل ولكن القدوري كانه
اشار بتقييده بمصر واحد الى رواية هلال الرأي عن ابي يوسف
ومحمد انهما قالا انما تقسم قسمة واحدة اذا كانت الدور في مصر
واحد على حدة ولقب المسألة ان الدور لا تقسم قسمة واحدة
عند ابي حنيفة خلافا لهما لهما ان الدور جنس واحد اسما وصورة
واصلا من حيث السكنى الا الاختلاف المقاصد فيفوض الامر الى القاضي ليرجح
احد الوجهين على الآخر ولابي حنيفة ان الدور مختلفة بالنظر الى [illegible]

والدار ان

والدار ان استويا في الابنية ودفع الحر والبرد [illegible]
الا منفعة فقد تكون دار ارغب للسكنى في محلة من دار اخرى في محلة
اخرى ويكون احداهما اقرب من الاخرى وقد يكون احداها ارفق
لصاحبها من الاخرى بان كان جيرانها صلحا او كانت قريبا من المسجد
او من الماء او يكون احدها انزه من الاخرى فاذا اختلف في
المقاصد صارت في حكم الاجناس فيقسم كل دار على حدة ولهذا
لم يصح التوكيل بشراء دار كما لم يصح بشراء ثوب ولا يصح التزوج على دار
كالثوب فليس كذلك الدار الواحدة المختلفة البيوت حيث تقسم قسمة
واحدة لان في تفريقها ضررا والحاصل ان الدور لا تقسم قسمة واحدة
عند ابي حنيفة الا برضا الشركاء سواء كانت مجتمعة او متفرقة والبيوت
تقسم قسمة واحدة مجتمعة كانت او متفرقة لقلة التفاوت بين
البيوت واما المنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة تقسم قسمة واحدة
كالدار الواحدة تبعا وان كانت في دور متفرقة اعتبارا بشبه الدار واحده
~~تقسم قسمة واحدة كالدار الواحدة فيما اذا كانت في دور متفرقة~~
اذا كانت في دار واحدة ولكنها متباينة بان كان احد المنازل في
اقصاها والآخر في ادناها فالجواب فيها كالدور في قولهم جميعا
لان للمنزل شبها بالدار والبيت فوفر حظه منهما قوله وعلى
هذا الاقرحة المتفرقة المشتركة القراح الارض التي
لم يختلط بها شيء فقد تجمع على اقرحة اذا كانت اقرحة متفرقة بين
رجلين قسم كل قراح على حدة كالدور في قول ابي حنيفة لان الاغراض تختلف
[illegible] كل واحد منها فصارت كالاجناس المختلفة وعندهما الرأي
الى القاضي فان شاء قسمه واحدة وان شاء قسم كل واحد على حدة لانها
من حيث الاشتراك في المقصود الاصلي وهو الزراعة كالشيء الواحد
ومن حيث التفاوت كالاشياء المختلفة فيفوض امرها الى رأي القاضي
ليرجح احد الطرفين على الآخر قوله في الكتاب اي في مختصر القدوري قوله
وهو رواية هلال وهو هلال بن يحيى البصري تلميذ ابي يوسف وزفر
ويسمى هلال الرأي لفقهه قوله وعن محمد انه يقسم احدهما في حصة
الآخر في احدى الدارين كذا في شرح المختصر قوله لانه بين الدار والبيت في
المنزل بينهما يعني ان المنزل منزلة بين المنزلتين لانه اسم البيت
والدار جميعا لان المنزل اصغر من الدار واكبر من البيت لان المنزل اسم
لبقعة صغيرة فيها بيتان او ثلاثة والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز

قوله على ما مر من قبل اي في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله
قال فان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منها
على حدة اي قال القدوري في مختصره يعني لا تقسم اصلا قسمة واحدة بل تقسم
كل واحد على حدة لان الدار مع الضيعة جنسان وكذا الدار مع الحانوت
فلا يكون قسمة البعض في البعض معاوضة فلا يكون ذلك الا بالتراضي
قال صاحب الهداية كذا ذكر الخصاف وهو ابو بكر احمد بن عمرو الخصاف
الشيباني صاحب كتاب ادب القاضي وله تصانيف كثيرة قال الخصاف في
ادب القاضي واذا كانت دار وارض او دار وحانوت لم يجمع نصيب كل
واحد منهم ذلك في احد الصنفين ولكن يقسم كل واحد منهما بينهم على حدته
الى هنا لفظ الخصاف وانما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة
لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي في مختصريهما وقال صاحب
الهداية وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت
لا يجوز اي بمنافع الحانوت واستدل بما ذكر في الاصل انهما جنس واحد
فاذا كان جنسا واحدا تقسمان قسمة واحدة وقال في الاصل استئجار
السكنى بالسكنى لا يجوز واستئجار السكنى بالخدمة يجوز وذلك لان الجنس
بانفراده يحرم النساء فاحتاج صاحب الهداية الى التوفيق بين ما ذكره
الخصاف وما ذكره في كتاب الاجارة فقال يحمل ذلك على اختلاف
الرواية او يقال انهما جنسان كما ذكر الخصاف ولكن حرمت الربا بالمذكور
في الاصل باعتبار شبهة المجانسة لا حقيقتها والربا يثبت بالشبهة
ولنا فيما قال صاحب الهداية نظر لانا نقول سلمنا ان سكنى الدار وسكنى صح
الحانوت جنس واحد ولكن لا نسلم ان يلزم من ذلك ان يكون الدار والحانوت
جنسا واحدا الا ترى ان سكنى الدار بسكنى الدار الاخرى لا يجوز لاتحاد جنس
السكنى ومع هذا لم يجعل الدارين جنسا واحدا ولم يقسمها قسمة واحدة
قال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي جعل الخصاف الدار مع الحانوت
جنسين مختلفين وذكر في كتاب الاجارة ما يدل على انهما جنس واحد
لانه قال اذا استاجر منافع الدار بالحانوت لا يجوز فجعلهما كانهما جنس
واحد ثم قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او
يكون هذا من مشكلات هذا الكتاب قوله هنا كذا اي في اجارات الاصل
فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع
في بيان كيفية القسمة وانما قدم الاول لان الكيفية صفة عارضة والصفة تتبع
الموصوف لا محالة قوله قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه

اي قال

ثامنه وعشرون

٣٢٨

اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويعدله ويذرعه ويقوم
البناء ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب
بعضهم بنصيب الاخر تعلق ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه
بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج سهمه اولا
فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله الثاني الى هنا لفظ المختصر
والمراد من تصوير ما يقسمه ان يكتب صورته على القرطاس
ليمكنه حفظ ما يقسمه او ليرفع ذلك القرطاس الى القاضي حتى
يتولى الاقراع بينهم بنفسه ان كان لم يأمره بالاقراع والمراد من
التعديل ان يسوي ما يقسمه على سهام الشركاء وفي بعض نسخ المختصر
ويعزله مكان قوله ويعدله اي يقطعه بالقسمة عن غيره
ومعناه بمعنى الافراز فيكون تكرارا وانما يقوم البناء لان القسمة
بتعديل الانصباء ولا يحصل التعديل الا بتقويم البناء لان قيمته
اكثر من قيمة الساحة ويقوم البناء لانه لا يحتاج الى ذلك حالة القسمة
لا بد من مساحة بالذرع والبناء بالقيمة ويفرز كل نصيب
عن الاخر حتى تنقطع المنازعة على التمام فيتحقق هذا الكلام وهذا له
وهذا بلا خلاف فان قرع بعد الافراز كان احسن لتطيب القلوب
وتطييبا للقلوب واستعمال القرعة عند الاختلاف في جنب الاستحقاق
جزافا عن تهمة الميل الى البعض حتى اما ان تعلق الاستحقاق بالقرعة
انما يلزم ما ذكره الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة القرعة في
القياس لا تجوز ولكنا تركنا القياس في ذلك واخذنا بالاثار والسنة
وحجة القياس انه تعليق بالخطر فيكون في معنى القمار الا ترى انهم يحتجون
واحتج منهم بالقرعة ويقولون تنقطع عنه حجة القرعة لا تصح في استحقاق
انه الحقوق ولنا ما ذكره الكرخي ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يقرع بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا لقلوبهن وان السلف
استعملوا القرعة في القسمة من غير نكير ثم تعود القرعة ليست
في معنى القمار لان اصل الاستحقاق يتعلق بها وهنا يكون
الاستحقاق ثابتا للكل ولا يتعلق بخروج القرعة الا ترى ان القاضي
لو قال بدون استعمال القرعة عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب
وصاحبك ذلك الجانب جاز ولكن انما استعملها ازاحة للتهمة
وتطييبا للقلوب فيكون مثل هذا كما تستعمل القرعة للمسافر في
القسم بين النساء وكما يستعمل الخروج بواحدة منهن الى السفر تطييبا
للقلوب واني لا اجوز استعمال القرعة لاثبات حق واحد او ابطال حق اخر

لكن لو علم احد بعينه بعد خروج سهمه لا يجوز استعمال القرعة في ذلك حتى
يعتق من خرج سهمه ويرق الاخر ثم استعمال القرعة بان يكتب
انصبا الشركا اولا ثم يلقب نصيبا منها بالاول والذي يليه بالثاني
والذي يليه بالثالث ثم يخرج القرعة فاي سهم خرج قرعته اولا ياخذ
ما اصابه من القسمة من النصيب الاول ومن خرج ثانيا ياخذه
من النصيب الثاني ومن خرج بالثالث ياخذه من النصيب الثالث ثم اذا كان لاحدهم
نصف وللاخر سدس يلقب النصف بالاول والثلث بالثاني والسدس بالثالث
فخرج السدس ولا يدفع اليه من السهم الاول لعدم ادراج
النصف النصف يدفع اليه من السهم ويتم النصف بما يليه ويعين
الباقي للاخر قال الخصاف في ادب القاضي لا يقسم شي من الدور
والعقارات حتى يصور ذلك ويعرف حدودها ما كان ذلك شارعا
الى الطريق والى دار او الى بيوت ثم يميز ذلك حتى لا يكون لاحد على احد
طريق ولا مسيل ويسوي ذلك على السهام التي يريد ان يقسم عليها
فاذا قطعها على ذلك على انه من خرج سهمه اولا كان له موضع كذا
ومن الثاني يلي ذلك الى موضع كذا وكذا كل سهم يلي الاخر فاذا علم انه
ليس يدخل عليهم ضرر في ذلك دعاهم بقرعتهم فيسأل فيها منهم ومن الحكم
بسبب ذلك فيه الى القاضي بالصورة فوضعها القاضي بين يديه
ثم كتب اسماءهم رجلا رجلا وامراة منهم وجعل كل رقعة منها
في طين وبندقة ويقال من خرج سهمه اولا فله موضع كذا الى موضع
كذا ثم الثاني يلي ذلك الى موضع كذا ثم الثالث يليه حتى يفرغ
من السهام ثم يطرح البنادق في حجره ثم يدخل يده فيخرج واحدة
فينظر من هي فهو السهم الاول وكذلك الثاني حتى يفرغ ثم يكتب
القاضي كتاب القسمة نسخة تكون معهم ونسخة تكون في ديوان
القاضي ويكتب السجل انه قسمها بينهم لما كانت ثابتة عنده
في ايديهم وانهم اقروا بذلك ينعقد الامر على وجهه الى
هنا لفظ الخصاف وقال شيخ الطحاوي فاذا اقرع بينهم ينبغي
ان يقول لكل واحد ممن خرجت قرعته اولا اعطيته من هذا
الجانب والذي يليه في الخروج كذلك نصيب الاول **قوله** فان تعقل
اي ان لم يقووا على ذلك ويعقل بينهم كما كان **قوله** على ما ذكره فيستقبله
اي عند قوله قال يقسم بينهم وان احدهم حيلة تعجيل الاجبار
كذلك اي اخره **قوله** قال ولا يدخل في القسمة الدراهم
الا بتراضيهم اي قال القدوري في مختصره وذكر لان الذي يقضي الاوام

سعل

فتحمل فيتحمل زيادة النصيب من الدار ويكون الدار في دينه
فيجوز ان يسلم لخصمه ويكون ان لا يسلم فلا يجوز للقاضي ان يجعل
ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار
لا في الدراهم فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك فان فعل ذلك برضاهم
جاز لا بد لا يمكن القسمة الا ان يعتدل بالدراهم قال الكرخي
في مختصره واذا كانت الدار بين ورثة فاقتسموها وفضلوا
بعضها على بعض لفضل فيه البناء والموضع فهو جائز
فيه ولو اختلفوا في قيمة البناء فقال بعضهم اجعل قيمة البناء بذرع
من الارض وقال بعضهم اجعلها على الدراهم قال القاضي يجعلها
على الذرع لان الدراهم ليست من الحقوق وليس كلهم يقدر عليها فاذا
دفع البناء في نصيب احدهم كان للدراهم دينا عليه فلعله لا يقدر
عليه والزيادة في الذرع فما ورثوا كلهم يقدر عليها ويقع القسمة
حتى يقع فيلحق بعضهم على بعض الى هنا لفظ الكرخي **قوله**
وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة
ذكره بلفظ على ما على لفظ المختصر وذكر لان القسمة بعد تلك الانصبا
ولا يمكن التعديل بين العرصة والبناء الا بالتقويم فيصار اليه
وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة اي بالذرع لكون الذرع الاصل
في الممسوحات لان قدرها لا يعلم الا بالذرع ثم يرد من وقع البناء
في نصيبه دراهم على الاخر بعد فضل البنا لانه اكثر قيمة من
العرصة قال ابو يوسف من كان نصيبه اجود سواكن يعوده الذي اصابه الشاء
اذا صابه العرصة دراهم على الاخر حتى يحصل المعادلة وادخال
الدراهم في القسمة جاز لضرورة المعادلة كما قلنا في الاخ لشريك الاب
في حال الشفقة فاذا زوجه يملك تسمية الصداق ضرورة صحة النكاح لان
النكاح ليس بمشروع بلا مهر وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة
البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولم يمكن التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد
الفضل دراهم يعني يعطي الشريك الاخر من العرصة بمقابلة
فضل البناء حتى يستوي كل واحد من الشركين في القسمة فاذا لم
يمكن التسوية بين البناء والعرصة بالزيادة من العرصة الكثيرة
فضل البناء حينئذ يكتفى بدفع في نصيبه البناء دراهم على صاحبه
بمقابلة ما بقي من الفضل لان الضرورة دعت الى اعطاء الدراهم
في هذا القدر فلا يترك الاصل الذي هو الذرع في الممسوحات

اى الدار هو الا للضرورة وهذا معنى قوله فلا يترك الاصل الا لحاجة
قوله وهذا يوافق رواية الاصل لانه قال لم تقسم الدار وهذا رعاية
ولا يجعل احدهما على الآخر فضل من اوراقهم قوله فان قسم بينهم
ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان
امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق و
يسيل في نصيب الآخر اى قال القدوري في مختصره وعامة كتب وان
لم يمكن فسخت القسمة قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره
واذا قسمت الدار بين اهلها فصار لبعضهم موضع منها يعبر
طريق ويشترط له فيها في القسمة فانه ينظر في ذلك فان كان له مفتح
فيما اصابه فانه يفتح الطريق عنه سواء ذكروا في كل حق هو له او لم يذكروا
وان لم يكن له مفتح فيما اصابه ان ذكروا في كل حق هو له فانه
يمر في نصيب صاحبه وان لم يذكروا في كل حق هو له فالقسمة باطلة
وكذلك في حق مسيل الماء فالحكم فيه ما ذكرناها في المشروع مع اصحابنا
فالحاصل انه اذا امكن صرف الطريق والمسيل عن نصيب صاحبه الى
نصيب نفسه بان يكون له مفتح ومسيل في نصيبه يقطع طريقه
ومسيله من نصيب شريكه لتحقق معنى القسمة من غير ضرر وهو الانتفاع
بالمحل وان لم يمكن ذلك فان كان [illegible] على ان ما اصاب كل واحد
بقوله بحقوقه يترك الطريق والمسيل في نصيب شريكه على حاله
لانها من الحقوق وان لم يذكروا الحقوق فالقسمة باطلة لتمكن
الفساد على وجه يمكن ان يجعل كل واحد لنفسه طريقا ومسيلا
لان القسمة وقعت فاسدة لانه لم يتهيأ الانتفاع لاحدهم بالمقسوم
وهذا بخلاف البيع حيث لا يبطل البيع لعدم دخول الطريق والشرب
في البيع لانها لا تدخلان في بيع دار او ارض من غير ذكرها والمراد
الطريق الطريق الخاص في ملك انسان والفرق ان البيع لاثبات الملك
في العين [illegible] الدار بدون الطريق والارض بدون الشرب [illegible] يقبل
الملك ولا [illegible] الا [illegible] واما القسمة فهي لتكميل الانتفاع
بالمحل ولا يكمل [illegible] الطريق قوله لان القسمة [illegible]
لقطع الاختلاط يعنى ان القسمة افراز الانصباء على وجه ينتفع كل
واحد بنصيبه فاذا لم يمكن لاحدهم طريق ومسيل في نصيبه فيحتاج
الى خلطه بصاحبه ليكون له طريق ومسيل وهذا خلاف القسمة
[illegible] قوله ولو ذكروا الحقوق في الوجه الاول [illegible]

اى

اى ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر اذا امكن صرف
الطريق والمسيل وهو الوجه الاول ان كان ذكر الحقوق
في القسمة بان قال القاسم هذا لك بحقوقه لان القسمة افراز
وتمام ذلك ان لا يكون يتعلق لكل واحد بنصيب الآخر ويحصل هذا
المعنى بان لا يستطرق ولا يسيل في نصيب صاحبه بلا ضرر يلحقه
بخلاف البيع فانه اذا كان يذكر الحقوق يدخل الطريق والمسيل
فيما كان لان البيع هو التمليك والتمليك يحصل مع بقاء التعلق
بملك الغير قوله وفي الوجه الثاني يدخلان فيها اى فيما اذا لم يمكن صرف
الطريق والمسيل يدخل الطريق والمسيل في القسمة اذا ذكر الحقوق وذكر
لان القسمة لتكميل الانتفاع بالمحل ولا تكميل للانتفاع الا بالطريق
والمسيل فذكرنا معنى الافراز وذكرنا انقطاع حق كل عن الآخر
فباعتبار معنى تكميل الانتفاع ينبغي ان يدخلا في القسمة وان
لم يذكر الحقوق وباعتبار معنى الافراز ينبغي ان لا يدخلا وان ذكرت
الحقوق فاعتبرنا المعنيين جميعا فقلنا اذا ذكرت الحقوق دخلا في
القسمة والا فلا قوله بخلاف الاجارة متعلق بقوله بخلاف البيع اذا
ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق
والمسيل يعنى ان في الاجارة يدخل الطريق والمسيل بلا تنصيص عليه
ومن غير ذكر الحقوق لان المقصود في باب الاجارة الانتفاع بالمحل وذلك
لا يحصل بدونها بخلاف البيع فان المقصود منه تملك العين [illegible]
[illegible] الانتفاع بالحال اى ان يصح البيع كبيع [illegible] لا ينتفع اصلا
قوله فلو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم
لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم
ذكره تفريعا على مسئلة القدوري في المختصر قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره وان اختلفوا في رفع الطريق فقال بعضهم ارفع
طريقا بيننا وقال بعضهم لا ترفع وان [illegible] وكل واحد منهم
على حدة فان الحاكم ينظر في ذلك فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريق
يستقيم يفتحه في نصيبه فانه يقسم بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم
وان كان لا يستقيم ذلك رفع الطريق بين جماعتهم الى هنا لفظ الكرخي
والمراد من رفع الطريق ان يترك الطريق مشتركا بينهم كما كان ولم يرفع
من القسمة ولا يدخل فيها وترفعه فيتركوا اذا تراضوا على ذلك
لانهم لو امتنعوا من القسمة في الكل بقى مشتركا بينهم على ما كان

بكذلك إذا اختلفوا في القسمة في البعض فإذا جاز رفعه
عند التراضي وكان نصيب أحدهم الأقل ينبغي أن يبين كذا في
كتاب القسمة رفعا للاشتباه في المستقبل لا للاحتياج وربما يتأتى
التفاوت بينهما في الطريق ويدعي أن حقه مثل حق صاحبه ويبني أمره
على ما رآه في السلوك فلا بد من تبيينه وتفصيله قطعا لمادة
التنازع أما إذا اختلفوا في رفعه فإن استقام لكل واحد منهم طريق
في نصيبه قسم بينهم من غير طريق يرفع لجماعتهم ليحصلوا الإفراز
على وجه التمام من غير ضرر يلحق بالآخر وإن لم يستقم ذلك رفع
الطريق بين جماعتهم لأن القسمة المتخيرة على وجه ينتفع به المقسوم
ولو لم يرفع الطريق تتعطل على البعض منافعه إلا إذا تراضوا
على ذلك لأنهم عطلوا منافع أملاكهم باختيارهم ومن ترك النظر
لنفسه لا ينظر له كذا في شرح الكافي **قوله** دونه أي من غير رفع الطريق
قوله ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله
ذكره تفريعا على مسألة المختصر ولذكر هذا اللفظ إبهام لأنه يسبق
الوهم إلى أن طول الطريق مقدار طول الدار وليس كذلك بل طول
الطريق من علاه على أقل ما يكفيهم وبه صرح الحاكم الشهيد في الكافي
والشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال الكرخي ولو اختلفوا في سعة الطريق
وفي ضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على أدنى
ما يكفيهم وقال ... من ... وعرضه على عرض باب الدار
إن اختلفوا وطوله أدنى ما يكفيهم لأن حاصل الطريق تفضي إلى الباب
دخولا وخروجا يستقر به وذلك لأن رجوع المرور يجتمع في عرض
الباب الواحد عند الدخول فلا تزاد عليه وقال العتابي في عرضه
وطوله على أدنى ما يكفيهم فمعنى جعل طوله من الأعلى بقدر طول الباب
لأن ... وغايته فيما بين طول الباب ... على أن أحد
الشركاء إذا أراد إشراع جناح في نصيبه فوق طول الباب يمنع عليه
وإن كان رفعا دون طول الباب يمنع من ذلك **قوله** ولو شرطوا
أن الطريق بينهما أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين ذكره
تفريعا أيضا قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي
وإن اشترطا أن يكون الطريق بينهما لأحدهما ثلثه وللآخر
ثلثاه فهو جائز لما ذكرنا أن هذه مبادلة بتراضيهما فيعتبر
اصطلاحهما على ذلك وإن اشترطا أن يكون الطريق على تقدير مساحة

في

في أيديهما فهو جائز وهذا تفريع على أن بيع الممر يجوز وإن القسمة
نوع من جنس المعنى وقد ذكر في كتاب الصلح أنه إذا كان الطريق
لأحدهما والممر للآخر فباعا الطريق فإنه يكون الثمن بينهما
نصفين وذلك لأنه دخل في العقد أصلا فعلى هذه الرواية يكون
بيع الشرب لأنه من جملة الحقوق كالطريق وعلى رواية الزيادات بيع الحقوق
لا يجوز والممر من جملة الحقوق فعلى رواية الزيادات لا فرق بين الشرب
والممر في عدم جواز البيع وكذا هو المنقول ... شرح الكافي وإن
اشترطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل وللآخر ممره فيه فهو جائز
وإن لم يشترطا شيئا من ذلك فهو بينهما على قدر ما ورثاه لأن القسمة
لم تتناول الطريق فبقي بينهم على ما كان في الأصل **قوله**
بأن وإن كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو
قوّم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغيره وذكر في كتاب
القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري فيه قول أبي حنيفة وأبي يوسف
لأنه اختار قول محمد وأصحابنا كلهم مثل الكرخي وغيره اختاروا
قول محمد في هذه المسألة قال الكرخي في مختصره وكان أبو حنيفة يقول
في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي لا علو له يحسب في القسمة
ذراع من السفل بذراعين من العلو وكان أبو يوسف يقول يحسب
ذراع من السفل بذراع من العلو وقال محمد يقوّم كل ذراع من
العلو على أنه لا سفل له وكل ذراع من السفل على أن لا علو
له وهذا أجود لأن هذا ... قيل أجاب كل واحد من العلماء
على عادة أهل عصره وبلده فكان عادة أهل الكوفة تفضيل
السفل على العلو فأبو حنيفة أجاب كذلك وكان عادة أهل بغداد
التسوية بينهما فأبو يوسف أجاب كذلك ومحمد رأى عادات البلاد مختلفة
... وفي البعض العلو أحب إليهم من السفل وفي بعضه على
العكس وعادة بغداد التسوية فإذا كان كذلك اعتبرنا القيمة
وقيل هذا اختلاف حقيقي أي حجة وبرهان قال شيخ الإسلام
علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد الإسبيجابي في شرح الكافي والحاصل
أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم من جهة الذرعان وعند محمد
تقسم من حيث القيمة ويقول ليس للعلو نصيب بالقيمة لتفاوت
هذا إذا طلب أحدهما القسمة عند القاضي وامتنع الآخر أما إذا
تراضيا على القسمة كان الخيار إليهما إن شاءا اقتسماها على حسب ... القسمة وإن كان
من حيث

وجه قول محمد ان الذرع انما يصح التسوية به بين الاجزاء المتماثلة والبناء في العرصة
اجزاء مختلفة فيتعذر تحقيق التسوية بينها ذرعا فصرنا الى التسوية
باعتبار القيمة ولان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كاتخاذ الاصطبل
وبئر الماء والسرداب والطاحونة وغير ذلك والعلو يصلح للغرفة
فلم يمكن التعديل بينهما الا بالقيمة ووجهها ان القسمة افراز الحق واحراز
الحق بافراز محله ومحله الذات دون القيمة فلا يصار الى القيمة بل
يصار الى الذرع لان الشركة في المذروع لا في قيمته ثم ان ابا حنيفة فضل
السفل على العلو وابا يوسف سوى بينهما لان المقصود الاصلي منهما السكنى
وخص له منفعة ... مما يرجع الى الاصل والتفاوت بينهما
في المرافق حال وصاف فيعتبر في القسمة الاصل ولابي حنيفة
ان السفل له قرار فنفعه وله قرار والعلو ليس له قرار ... ولا
قرار له ولان السفل ينتفع به بدون العلو والعلو لا ينتفع به بدون
السفل فكانت منفعة السفل ضعف منفعة العلو وقال الشيخ الامام
ابو الفضل محمد بن احمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي اذا كان سفل
بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما فارادا ان يقتسما فانه
يقسم البناء على سبيل القيمة بلا خلاف بالاتفاق فاما الساحة فيقسم
كل ذراع من السفل بذراعين من العلو عنده ... مساحة العلو طولا
مضروبا ... الطول في العرض فيعلم مبلغه وكذلك مساحة
السفل تذرع طولا وعرضا فيضرب طوله في عرضه فيعلم مبلغه
ثم تجمع كل ذراع من السفل بذراعين من العلو ويكون بينهما نصفين
وهذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف تجمع كل ذراع من السفل بذراع
من العلو قال وهذا فرع لمسئلة اخرى وهو ان لصاحب السفل
ان ينتقل بالاجماع هذا اذا كان لا يضر بالعلو واما ليس لصاحب العلو
ان ينتقل على خوته وان لم يضر لصاحب السفل عند ابي حنيفة وعندهما
له ان يفعل ذلك فتساوت منفعة العلو والسفل عندهما
فلذلك قال ابو يوسف كل ذراع من السفل بذراع من العلو وعند
ابي حنيفة منفعة العلو انقص من منفعة السفل فلذلك كان
كل ذراع من السفل بذراعين من العلو واذا كان بيت كامل وعلو
وسفل بين رجلين في بيت آخر بينهما فارادا قسمتها بالتعديل
فكل ذراع من بيت كامل بثلاثة اذرع من العلو لان ذراعا من علو
هذا بذراع من علو ذلك وذراع من هذا بذراعين من سفل ذلك

عند

عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من العلو
واذا كان سفل وبيت كامل فكل ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف
من السفل عنده وعند ابي يوسف كل ذراع من البيت الكامل بذراعين
من السفل واما عند محمد ففي الفصول كلها تقسم على سبيل القيمة.
وبه اخذ الطحاوي في شرح الطحاوي **قوله** قيل اجاب كل منهم على
عادة اهل عصره في تفضيل السفل على العلو ففي عهد ابي حنيفة
بالكوفة ... ففي عهد ابي يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى
ففي عهد محمد تفضيل السفل كان في الكوفة وتفضيل العلو كما
في بغداد والبصرة ... **قوله** لا يمكنه البناء على علوه اي على
اصل ابي حنيفة **قوله** ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر
والبرد اي منفعة السفل والعلو تختلف لان من كان في البلاد الباردة
التي تهب فيها الريح يختار السفل على العلو ويختار العلو على
السفل في الاراضي التي يكون فيها النداوة وكذلك تختلف باختلاف
الاوقات كالصيف والشتاء **قوله** في مسئلة الكتاب اي في
مختصر القدوري تجعل على قول ابي حنيفة بمقابلة مائة ذراع من
العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل فيقابله
ثلاثة اذرع من العلو المجرد فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث
ذرع يكون مائة فتستوي الثلاثة والثلاثون وثلث ذراع من
البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة
ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع لان كل ذراع من البيت الكامل
البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفل المجرد وهو ظاهر في
قوله لان علوه مثل نصف سفله فاذا ضربنا الواحد والنصف
في ستة وستين وثلثي ذراع يكون مائة لا محالة فيستوي الستة والستون
والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفل المجرد وتعتبر
قول ابي يوسف اظهر لانه يجعل العلو والسفل سواء فيكون
خمسون ذراعا من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من العلو
المجرد **قوله** واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان
قبلت شهادتهما اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف كما ترى ثم
قيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقبل وبه قال
الشافعي كذا في شرح الاقطع وقول ابي يوسف اولا كقول محمد ثم رجع
الى قول ابي حنيفة ذكره الطحاوي في مختصره وذكر الخصاف في ادب القاضي

قول محمد لقربهما فقال واذا قسمت الدار والارض بين الورثة
فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد عليه قاسما القاضي
اللذان تولّيا القسمة بينهم انه قد استوفى نصيبه قال شهادتهما
جائزة عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد بن الحسن الى هنا لفظ
الخصاف وكان الطحاوي ذهب الى ما ذكره الخصاف وجه قول محمد
انهما شهدا على فعل انفسهما فكانا متهمين فلا تقبل شهادتهما كمن
علّق عتق عبده بكلام رجلين فشهدا انه قد كلمهما ولهما ان فعلهما
القسمة وهما لا يشهدان على ذلك وانما يشهدان على القبض والاستيفاء
وذلك فعل غيرهما الا انهما يشهدان ان هذا القسم لهذا وذاك لهذا
فيقبل شهادتهما على فعل الغير لان العهدة لا تلزمهما فصار من وقع
له التصرف كأنه الذي باشر بنفسه فلم يجعل القاسم شاهدا على
فعل نفسه وقيل هذا اذا لم يقسما بالاجرة فاذا قسما بالاجرة
لا تقبل شهادتهما وهو ما ذكره الطحاوي واليه اشار في تعليل الاصل
حيث قال لانهما لا يجران الى انفسهما شيئا **قوله** او لانه لا يصلح
مشهودا به اي لان فعل نفسهما الذي هو التمييز لا يصلح مشهودا به لكونه
غير لازم لصحة الرجوع قبل القبض الا ترى الى ما قال في باب قسمة
الحيوان من شرح الكافي فان كان في الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا
الابل قسما والبقر قسما والغنم قسما واقترعوا على ان من اصابه
الابل رد كذا كذا درهما على صاحبه نصفين فهو جائز لان القسمة
على هذا الوجه تقع بتراضيهم وصار كأنه اخذ بعض الابل عوضا
عن حقه وبعضها بالدراهم فيجوز ... الا نصابا فان ندم احدهم
بعدما وقعت السهام لم يستطع نقض ذلك وجازت القسمة
عليهم لان القسمة قد تمت ... فلا يستطيع الرجوع
فان رجع عن ذلك قبل ان تقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم
وكذلك ان وقع سهم وبقي سهمان فله الرجوع لان القسمة بعد
لم تتم وان وقع سهمان وبقي سهم لم يكن له ان يرجع لان القسمة
قد تمت لانه اذا ظهر نصيبهما تعين الباقي للباقي ... صح
لنا في تعليل صاحب الهداية نظر **قوله** ولو شهد قاسم واحد
لا تقبل ذكره تفريعا على مسألة المختصر فانه ذكر في باب القاضي
من شرح الكافي ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجز لان قول
الواحد ليس بحجة في الشرع وكذلك امين القاضي اذا امره ان يقسم فقال

تعالى

تعالى قد قبضته وانكره المدفوع اليه فالقول قوله في براءة
نفسه ولا يصدق على الآخر انه قبض لان قول الامين حجة لدفع الغرم عن
ملزمه **باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها**
اخر ذكر دعوى الغلط والاستحقاق لان ذلك من العوارض والاصل
عدمها ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع والاصل في هذا الباب
ان الاختلاف متى وقع في نفس القسمة تحالفا وانتقض القسمة
ومتى وقع الاختلاف في امر بعد القسمة لا يتحالفان لان القسمة
فيها معنى المعاوضة من الطرفين لان كل واحد منهما ياخذ ما ياخذه
بجهتين بعضه بجهة انه اصل حقه وبعضه بجهة انه بدل حقه
فاشبه الاختلاف في القسمة الاختلاف في البيع فيتحالفان اما
اذا وقع الاتفاق على صحة القسمة ثم ادعى احدهما على الآخر مقدارا
صار كدعوى نقص ثمنه ابتداء فيكون البينة على المدعي واليمين على
من انكر **قوله** فان قال ادّعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه
شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على
ذلك الا ببينة اي في الغلط الذي هو محض وذلك لانه يدعي حق الفسخ
في عقد عقده واقر باستيفاء حقه فلا يقبل قوله بغير حجة فاذا
اقام البينة يقضى له بتمام حقه وان لم يكن له بينة استحلف
الشركاء على ذلك ... قال صاحب الهداية ينبغي ان لا تقبل
دعواه اصلا لتناقضه يعني ان البينة تترتب على الدعوى الصحيحة
والدعوى لا تصح مع التناقض لانه اقر باستيفاء حقه ثم ادعى انه
لم يستوف واعتذر بعضهم في هذا بان التناقض عفو في موضع
الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعد اقراره انه رقيق وقال الحاكم الشهيد
في الكافي وقال ابو يوسف ومحمد في رجل مات وترك دارا وترك ابنين
فاقتسما الدار واخذ كل واحد نصيبه واشهد على القسمة والقبض
والوفاء ثم ادعى احدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا ان
يقر صاحبه فعلم انه لا يقبل بينته بعد الاقرار بالاستيفاء
كما قال صاحب الهداية وذلك لانهما اذا اشهدا على الوفاء فقد اقر
كل واحد منهما بوصول حقه اليه بجهة التمام فاذا ادعى انه لم يصل
لم يقبل للتناقض قال الحاكم فان لم يكونا اشهدا على الوفاء ولم يسمع
منه اقرار بالقسمة حتى قال اقتسمناها فاصابني هذه الساحة
وهذا البيت والساحة في يده والبيت في يد صاحبه وقال شريكه

بل اصابني الشيء وما في يدي كله فاني اسال المدعي أكان في يده قبل
القسمة فلم يدفعه اليه او غصبه منه بعد القسمة فان كان في
يده قبل القسمة فلم يدخله في القسمة سالته البينة على ذلك
فان لم تقم البينة كان القول قوله وتناقضا فقال في شرح الكافي لان الاختلاف
وقع في نفس القسمة لانه ينكر وقوعها بصفة المعادلة اما اذا
اخذه منه بعدما تقاسما فهو دعوى الغصب عليه فيكون الحكم
فيه كالحكم في سائر الدعاوى ولا تنتقض القسمة لانها وقعت بصفة
المعادلة ... لا ينقضها وهي صفة المعادلة ثم ذكر كذلك الاختلاف
في الحدود وكذلك الاختلاف في اجناس الاموال اذا ادعى ان شيئا من هذه
الجملة في يد صاحبه ثم تشاغل انه كان في يده قبل القسمة او
وقع في يده بعد القسمة لان لكل واحد من هاتين الجهتين حكما يخصه
وقال في الكافي ايضا ولو اقتسما دارا فلم يشهدا على القسمة حتى
اختلفا فقال هذا اصابني هذه الساحة وهذا البيت فيها وقال
الذي هو في يديه اصابتني هذه الجملة تحالفا وترادا قال في شرح
الكافي لان الاختلاف هاهنا وقع في نفس القسمة لانه يقول القسمة
على وجه دخل البيت في نصيبي والآخر ينكر وقوعها على هذا الوجه
فيتحالفان ويتناقضان القسمة وان اقام كل واحد منهما بينة انفذت
ما شهدت به الشهود وان اقام كل واحد منهما بينة على صدق ما يدعيه
اخذت ببينة الذي ينكر وقوع البيت في قسم صاحبه ويدعي وقوعه
في قسمه قوله استحلف الشركاء فمن حلف منهم لم ... له عليه لوجود
المدعي ومن نكل ... في حصته ... القسمة ... ما في يده الى
ما في يد المدعي ... على قدر انصبائهم لتحصل المعادلة
قوله والبينة ... بعد ... في قوله واصابني الى موضع كذا
فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء ... اشارة
الى انه لا تسمع دعواه اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء قوله وان قال
استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه
هذا لفظ القدوري وذلك لانه ادعى عليه الغصب ولا ... دعواه
فيجب على المنكر اليمين لصحة الدعوى الا ان يقيم المدعي بينته
قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على
نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة هذا لفظ القدوري
ايضا اي كذبه شريكه في قوله اصابني الى موضع كذا وذلك لانهما اختلفا

في بعض

في نفس القسمة لانهما اختلفا في مقدار ما حصل بالقسمة فاشبه الاختلاف
في مقدار المبيع فوجب التحالف كما ... واذا اقتسم رجلان
دارا واخذ كل واحد منهما طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر
فقال هذا فيما اصابني وكذبه الآخر فان عليه البينة فان اقاما
جميعا اخذت ببينة المدعي الذي ليس في يديه ولا اقبل بينة الذي
هو في يديه وكذلك هذا في الارضين ولو لم يشهدا على اصل القسمة
واختلفا في ذلك فقال هذا اصابني هذه الناحية وهذا البيت
منها وقال الذي في يديه اصابني هذا كله فانهما يتحالفان ويترادان
القسمة ولو كان لهما بينة على القسمة انفذت قسمتها على ما شهدت
به الشهود الى هنا لفظ الكرخي قوله ولو اختلفا في التقويم
لم يلتفت اليه ذكره تفريعا على مسئلة القدوري قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمسين
وخمسين شاة وللآخر خمسين الا ... ثم ادعى صاحب الخمسين
غلطا في التقويم لم تقبل بينته في ذلك لان القسمة منهما اقرار بالتساوي
فاذا ادعى التفاوت فقد انكر ما اقر به فلا يسمع ولان القسمة فيها معنى
المبادلة فصار دعوى الغلط فيها كدعوى الغبن في البيع ولهذا
لا ينقض بعض البيع فكذا هاهنا كذا في شرح الكافي ... بعض مشايخنا
القسمة بالقضاء او بالتراضي وفيما اذا كان الغبن يسيرا او فاحشا
كما ترى وكذلك اطلق الكرخي في مختصره وقال ... اذا ... المقوم
اختلفا في التقويم لا يلتفت الى قولهم لان القسمة ان كانت بقضاء القاضي
فالقاضي لا يقضي الا بتقويم المقومين فصار كما لو قضى ثم ادعى انه جار
وان كانت بالتراضي فهو يدعي غبنا والعقد لا يخلو عنه وقال في كتاب
ادب القاضي في شرح الطحاوي اذا ادعى الغلط في التقويم وكانت
تمنع الغبن وانتم فوق ما قوموه بالقسمة لا يلتفت اليه لانه يدعي الغبن
والغبن في التقويم لا يبطل القسمة كالبيع ... هذا اذا كانت
قسمة الرضا فاما اذا كانت قسمة القاضي تحول الفسخ لانه لم يرض بذلك
وقال في الفتاوى الصغرى ادعى احد المتقاسمين الغلط في القسمة
... يعني اذا ادعى غبنا في القسمة ان كان ... لا يدخل
تحت تقويم المقومين فان كانت القسمة بالقضاء لا بالتراضي لم يسمع
بالاتفاق وان كانت بتراضي الخصمين لم ... القاضي لم يذكر في
الكتاب ويحكى عن الفقيه ابي جعفر انه كان يقول انه ... لا تسمع ...

بخلاف الغبن في البيع وان فحش لا يسمع تقبله وجه الظاهر في
البيع وحكي عن الفضلي انه كان يقول يسمع كما اذا كان بقضاء القاضي و
هو الصحيح كذا ذكره في شرح المختصر وذكر في ادب القاضي من شرح القاضي الامام
الاسبيجابي ان دعوى الغبن في القسمة اذا كان بالتراضي لا يسمع كما
في البيع ثم قال بعض المشايخ يسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي قالوا
وذكر الاسبيجابي في شرحه ... لكنه مختار وهذا كله اذا لم يقر
الخصم بالاستيفاء فاما اذا اقر بالاستيفاء فانه لا يصح دعواه الغلط
والغبن الا اذا ادعى الغصب فحينئذ تسمع دعواه الى هنا لفظ العمادي
وفي الذخيرة قول ابي جعفر ... انها لا تسمع لان القسمة معنى البيع
ودعوى الغبن فيه لا يصح فكذا فيها واما انها تسمع لان القسمة شرطها
المعادلة فاذا فاتت المعادلة وجب نقض القسمة تسمع البينة قوله
لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة
بعد وقوعها قوله وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضي
لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه ذكر تفسيرها ايضا في شرح الكافي
فان اختلفا في الحد بينهما فقال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه
وقال الآخر لا بل هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه فاريا (?) ...
فخصمه بينهما لانه في ايديهما وقد تعارضت لكل واحد بينة تقضي به
بينهما وان لم يكن لهما بينة استحلفت كل واحد منهما على دعوى صاحبه
وجعلت لكل واحد منهما ما في يده لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه
وان اراد احدهما رد القسمة ردها بعدما تحالفا لان الاختلاف
وقع في نفس القسمة وهذا اذا طلب احدهما رد القسمة ردها بعدما
تحالفا لان الاختلاف وقع في نفس القسمة وهذا اذا طلب احدهما
الرد فحينئذ ينقض القاضي القسمة لانه عقد تم بينهما فلا ينقض
الا بنقض بعد ذلك ولانه كما في البيع اذا تحالفا لا ينفسخ العقد
حتى يطلب احدهما الرد فيرده القاضي فاما في الشامل ...
المسألة حالة بين النصيبين فيعزل لكل واحد هذا دخل في نصيب
الآخر فصل قوله قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ
القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف
تفسخ القسمة اي قال القدوري في مختصره فلم يذكر خلاف محمد لان قوله مضطرب
ذكر قوله في رواية ابي حفص مع ابي حنيفة وذكره في رواية ابي سليمان مع
ابي يوسف وذكر الحاكم قول محمد مع ابي يوسف والكرخي مع ابي حنيفة فان صاحب الهداية

ذكر

ذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر
في الاسرار وكذلك ذكر اشارات الاسرار ايضا حيث قال اذا اقتسم
رجلان دارا بينهما ثم استحق من نصيب احدهما بيت فعند ابي حنيفة لا تبطل القسمة
ولكن يخير المستحق عليه ان شاء نقض القسمة وان شاء ضرب بنصيب صاحبه بما يساوي به صاحبه
وان شاء ... عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف تستأنف القسمة وقول
محمد مضطرب والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع في نصيب احدهما
لان محمدا ذكر الخلاف في استحقاق نصف ما في يد احدهما في كتاب الاصل
وكذلك ذكر الحاكم في مختصره المسمى بالكافي وكذلك ذكر الطحاوي والكرخي
في مختصريهما كلهم ذكروا على منوال واحد والنصف شائع لا محالة
قال الكرخي في مختصره قال محمد واذا كانت دار بين رجلين نصفين فاقتسماها
فاخذ احدهما الثلث من مقدمها وقيمته ستمائة واخذ الآخر الثلثين
من مؤخرها وقيمتها ستمائة ثم اصطلحا على ذلك ثم ان كانت بينهما
... ثم استحق نصف ما في يد صاحب المقدم فان ابا حنيفة قال في
هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده ...
بمائة وخمسين ... ان شاء ... بعض القسمة وهو قول محمد وقال ابو يوسف
يرد ما بقي في يده ويبطل القسمة ويكون ما بقي بينهما نصفين
الى هنا لفظ الكرخي والحاصل ان المسألة على ثلاثة اوجه في استحقاق
بعض معين في احد النصيبين انه لا تنقض القسمة بالاتفاق
وفي استحقاق شيء شائع في النصيبين تنقض القسمة بالاتفاق
وفي استحقاق بعض شائع في احد الطرفين لا تنقض القسمة عند ابي حنيفة خلافا
لابي يوسف وهي مسألة الكتاب وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي وضع المسألة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القسمة
بالقسمة بالقيمة عند ابي حنيفة لا تصح الا عن تراض ... في استحقاق
البعض المعين فانه لا ينقض القسمة لان القسمة للافراز ومتى استحق
شيء معين من احد الطرفين لم تكن كلها لا يختل معنى الافراز في حق
المحل المشترك لكنه من حيث المعنى كانه قسم المشترك وضم اليه ما ليس
فلا يختل بالضم معنى القسمة لكن يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل
لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت واما في استحقاق
البعض الشائع في النصيبين فانما ينقض القسمة بالاتفاق لان
باستحقاق شيء شائع منهما يتعذر الانتفاع بالباقي حتى يقسم فلم تفد القسمة
الاولى ما وضعت له من صيرورته متمكنا من الانتفاع بحصته

مشكل بتصرف لا يعتبر مقصوده فيقع باطلاً واما اذا استحق البعض الشائع
في احد الطرفين ففيه الخلاف لابي يوسف ان المعنى الذي حكم لاجله
بالبطلان القسمة عند استحقاق جزء شائع من الجانبين موجود ههنا
لانه لا يبقى حينئذ معنى القسمة وهو الافراز ولهذا يجب الرجوع على شريكه
شائعا بخلاف استحقاق البعض المعين فانه لا ينافي الافراز فيما وراء
ذلك البعض ولكن المستحق عليه بالخيار ان شاء ابطل القسمة لانه انما
استحق بعض المعقود عليه والتبعيض في الاعيان عيب فيوجب
الخيار وان شاء لم يبطل القسمة ورجع على صاحبه بربع ما في يده اعتبارا للجزء
بالكل ولابي حنيفة ان القسمة عبارة عن الافراز وباستحقاق جزء شائع من
احد الطرفين لا يختل معنى الافراز لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر بل
ينقض القسمة كما في استحقاق البعض المعين بخلاف الاستحقاق في الجزء
الشائع في الكل حيث ينقض القسمة لانه لو ظهر شريك ثالث فلو لم يبطل
يحتاج الى قسمة ما في يد كل واحد منهما ليفرق نصيبه في موضعين
فيؤدي الى الضرر بالضرر فينتفي شرعا وانما يرجع على شريكه بربع ما
في يده لانه لو استحق كل ما في يده رجع على شريكه بالنصف فاذا استحق
النصف رجع بالربع لانه نصف النصف اعتبارا للجزء بالكل والشيخ
ابو الفضل جعل الخلاف في استحقاق البعض المعين وساق كلا من ذكر
تعارف ابو يوسف بقول الاستحقاق يخرج الفعل من ان يكون تمييزا في
حقيقته فيبطل معنى القسمة كما لو استحق جزء شائع في نصيبه
لقول بان الافراز في الاولى ارفع لا ابتداء الافراز على هذا المقدار كاملة
لكن فيه اضرار المستحق عليه فيخير بخلاف الشائع لان افراز نصيبه
لم يوجد اذا شاركه ثالث في كل ما في يده اي ههنا البطلان سادات
قوله وصورة المسئلة اذا ذكرها في الكتاب الا ان المسئلة لمستشهد بها
قوله ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي يرجع بربع ما في
يد الآخر عندهما عند ابي حنيفة ومحمد ذكرها تفريعا على مسئلة
القدوري وقد ذكر الحاكم قول محمد ههنا مع ابي يوسف كما في الاولى وذكر الكرخي
قول محمد مع ابي حنيفة كما في الاولى وذكر الامر اصل ان عند ابي حنيفة ان القسمة
لا تنقض فيحتاج الى التفريع على المعادلة فيقول لو استحق جميع ما في يده
رجع بنصف ما في يد صاحبه فاذا استحق النصف رجع بالربع اعتبارا
للجزء بالكل بهذا معنى قوله كما ذكرنا وعند ابي يوسف تنقض القسمة
فيقتسمان الباقي بعد الاستحقاق ويضمن النصف الذي باعه بحكم القسمة
الفاسدة

لانها

لانها بمنزلة البيع الفاسد فيفيد الملك عند اتصال القبض بها
لكن المعاوضة وتعينت حق نصف النصف لانه يأخذ الربع بطريق
الاحالة والربع عوضا من حقه في الكرى الاخرى المملوك
بحكم العقد الفاسد مضمون بالقيمة لانه تعذر الوصول الى
عين حقه لمكان البيع فيصار الى القيمة قوله ويتخير كخياره
نقض البعض اي يثبت هنا للمستحق عليه في فسخ القسمة لان البعض
وبقي حق الرجوع بالربع تحقيقا للمعادلة قال الكرخي في مختصره فان كان
مائة شاة بين رجلين نصفين فاقتسما فاخذ احدهما
اربعين شاة تساوي خمسمائة واخذ الآخر ستين شاة تساوي خمسمائة
فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة
دراهم في الستين شاة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ايضا تكون
الستون شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب فيه الآخر
بخمسمائة درهم الا خمسة دراهم الى هنا لفظ الكرخي وهذا اسقط القسمة
بلا نفاق لان الاستحقاق اذا ورد على شيء معين لا ينقض القسمة وقد
ورد على شاة بعينها فيوجب الرجوع بنصف الشاة المستحقة تحقيقا
للمعادلة وتبين ان بينها اثنان الا عشرة دراهم وعدل صاحب
الستين خمسمائة والى صاحب الاربعين اربعمائة وتسعون فبقي له خمسة دراهم
الى تمام حقه فيضرب في الستين شاة بخمسة دراهم وشريكه بالخمسمائة
والعين قوله ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط
ردت القسمة ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري وهي من مسائل الاصل
وكان ينبغي ان لا يذكر في اول المسئلة لفظ قال لانه لم يذكر هذه المسئلة
في البداية ولا بعد وليس ان يكون مطلقا او كثيرا وبه صرح الحاكم
في الكافي والكرخي في مختصره الا ان يكون للميت مال سوى ذلك فيباع في الدين
وتنفذ القسمة وذلك لان الدين يمنع دخول التركة في ملك الوارث
وكذلك اذا لم يكن للميت مال آخر لكن الورثة قضوا الدين من مالهم
او ابرأ الغريم الميت جازت القسمة وان كان للميت وصية بالثلث
فاقتسم الورثة وصاحب الثلث غائب فله ان يبطل القسمة اذا جاء
وكذلك ان اقتسموا وفيهم وارث غائب وليس للميت وصي ولا للغائب
وكيل ثم قدم الغائب فله ان يبطل القسمة وكذلك لو كان في الورثة صغير
ليس له وصي فكبر فله ان ينقض القسمة كذا قال الكرخي وقال الحاكم
وكذلك قسمة وقعت بين الشركاء وفيهم غائب ثم قدم فله ان يبطل القسمة

وكذا لو ادعى بعض الورثة المقتسمين دينا فاقام بينة تقبل لان القسمة لا نقض
لا يكون قسمة ابرا من دينه وكذلك وارث ادعى وصية لابن له صغير
واقام على ذلك بينة وقد قسمت الدار او الاراضي على المواريث فان هذه
القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية فان اراد الابطال بطل حقه
وبعد القسمة فليس له ذلك لانه قد اقر انه لا وصية لابنه ولكن
لابن يطلب حقه اذا كبر وبعد القسمة لذا ذكر كل ذلك في مختصره
قوله ولو ادعى احد المتقاسمين دينا صح دعواه ذكرها تفريعا
على مسئلة المختصر وكذا ان الدين لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها
وهو المالية الا ترى ان للورثة حق انفاذ الدين من مال آخر واستخلاص
التركة لانفسهم فلم يكن الاقدام على القسمة اقرارا بعدم الدين
فلا تناقض في دعوى الدين عن التركة المقسومة لان اقدامه على
القسمة دل على ان المقسوم مشترك فلم يصح بعد ذلك دعواه انه بيني
خاصة للتناقض قال في شرح الطحاوي في الفتاوى الصغرى اقتسم الورثة
دارا وفيهم امراة الميت ثم ادعت بعد القسمة مهرها على زوجها وانه
الميت بعض القسمة وكذا الوارث لو ادعى دينا لان المهر لا يتعلق
بعين التركة بل بمعناها فلم يكن بالاقدام على القسمة مقرة
بان لا حق لها **فصل في المهاياة** شرع في المهاياة وهي قسمة المنافع
بعد بيان قسمة الاعيان لانه يحتاج اليها وقدم الاعيان لانها
الاصل لكون المنافع تبعا لها ولان المنافع اعراض لا تقوم بنفسها بل
بالعين فيناسب هذا الفصل من ذلك الاصل الى آخره لم يذكرها محمد
في الجامع الصغير ولا القدوري في مختصره ولهذا لم يذكرها صاحب الهداية
في البداية وانما ذكرها هنا تكثيرا للفوائد قال الطحاوي في اختلاف العلماء
الى طلب ذلك يقول ابو حنيفة ثم لم اجد فيها ظاهر مذهبه ان الحاكم لا يجوز
ان يجبر على المهاياة وهكذا ذكره اصحاب القوم وفي كتاب ادب القاضي
من جنسهم الفناء والحمام وما لا يقبل القسمة يجري فيها المهاياة
وكل ما يجبر عليه وقال في شرح الاقطع قال اصحابنا ان المهاياة
في المنافع المشتركة عقد جائز واجب اذا طلبها احد الشريكين
وقال الشافعي لا يجوز والدليل على جوازها عندنا الكتاب والسنة و
المعقول اما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد
من القسمة ما ذكرها الله تعالى في آية اخرى بقوله تعالى لها شرب ولكم
شرب يوم معلوم اخبر ان الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب

وشريعة

وشريعة من قبلنا تلزمنا على انه شريعتنا ما لم يرد النسخ
واما السنة فما ذكر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى غزوة بدر دفع اصحابه
على نواضح المدينة لكل ثلثة منهم ناضح عند ركوبها فكان يركب من الثلاثة
على البعير الواحد بالنوبة ثلثة نفر منهم عمار بن ياسر ومصعب بن عمير
والمقداد بن الاسود وروي عن عقبة بن عامر الجهني انه كان يتناوب
في رعي ابل الصدقة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واما المعقول
فهو ان الاعيان خلقت للانتفاع بها فكان الملك مشتركا كان حق
الانتفاع مشتركا ايضا والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك
في زمان واحد فيحتاج الى التهايؤ ليكمل الانتفاع بها لان المنافع
ملك مشترك فيجوز استيفاؤه في العقود كما يجوز القسمة فيها كالاعيان
فان قيل المهاياة تكميل منافع لمنافع من جنس واحد فهي اجارة
ولا يكره القاضي على الاجارة قلنا لا نسلم انها اجارة لانه يستوفي
منفعة ملك نفسه بل هي قسمة منافع الاعيان ثم التهايؤ قد يكون من حيث
المكان كالدار للسكنى يسكن احدهما ناحية منها والآخر ناحية
اخرى وقد يكون من حيث الزمان بان ينتفع احدهما بالعين مدة والآخر
مدة كالدار والاراضي ونحو ذلك مما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة
كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا يتاتى القسمة الا من حيث الزمان
والاصل ان المهاياة لم يعتبر بقسمة العين لانها تبنى عليها وفي قسمة العين
قد يقع افرازا وقد يقع تمليكا وقد يقع مشتملا على المعنيين ففي الاعيان
المتقاربة يقع تمييزا حتى يجبر عليه ويكون لكل واحد بيع نصيبه من غيره
بعد القسمة مرابحة بحصته من الثمن الاول وفي الاعيان المتفاوتة
التي لا تحتمل القسمة كالدواب المختلفة يقع تمليكا حتى لا يجبر
عليه ولا يجوز بيع نصيب احدهما مرابحة بعد القسمة وفي الاعيان
المتفاوتة التي تحتمل القسمة كالدواب المختلفة من جنس واحد
فيه معنى التمييز من وجه حتى يجبر عليه وفيه معنى التمليك من
وجه حتى لا يجوز بيع نصيب احدهما مرابحة بحصته من الثمن
الاول فالقسمة في المنافع بهذه المثابة وانها على وجوه اما
ان يكون في الدار الواحدة او الدارين او في العبد او العبدين او في الدابة
او في الدابتين من حيث المنفعة او من حيث الاستغلال وقد يكون
في اجناس مختلفة ونحن نبين الجميع ذلك بعد هذا ان شاء الله تعالى
قوله ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم

وتشكل المهاياة لانه ابلغ اي لان قسمة العين ابلغ من قسمة المنفعة
في تكميل الانتفاع لاجتماع المنافع في الزمان الواحد وفي التهايؤ
يحصل ذلك على التعاقب قال في كتاب الصلح من الشافي ولو كان لكل واحد
نقض المهاياة بلا عذر والمراد النقض لانه بمنزلة العارية
ويورثها لمنزلتها وباع الكفاية ثم طلب احدهما قسمة العين بعد
المهاياة تقسم الحاكم وتنفسخ المهاياة لان الاصل القسمة **قوله**
ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا علوها
وهذا سفلها جاز اي جاز التهايؤ لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا
المهاياة لانها عقد قسمة المنفعة بقسمة العين والمنفعة تحتمله
في زمن صاحب الهداية والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع
الانصباء لا مبادلة اي التهايؤ من حيث المكان افراز لا مبادلة
الا يرى انه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كان مبادلة لاشترط
ذلك لانه يكون تمليك المنفعة بعوض كالاجارة ويشترط التأقيت
في الاجارة ولكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بشرط ذكرنا عقد
المهاياة او لم يشترط لان المنفعة حدثت على ملكه فله ان يستغل
الاستغلال اذا اشترط كل واحد ان يستغل ما اصابه او لا **قوله**
ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز
وكذا في البيت الصغير يعني يسكنه احدهما يوما والاخر يوما قيد
بالتهايؤ على خدمة العبد الواحد احترازا عن التهايؤ على غلة
العبد الواحد فانه لا يجوز بالاتفاق بيانه فيما ذكر شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في كتاب الصلح من شرح الكافي والتهايؤ في الخدمة
في العبد الواحد والعبدين جائز وفي الغلة لا يجوز في العبدين
يعني الا يجوز التهايؤ ههنا عند ابي حنيفة اعتبارا بقسمتها ولكن
الفرق ما ذكرنا اشار به الى الفرق بين التهايؤ والقسمة حيث لا يجوز
التفاوت وفي المنفعة يحتمل التفرق في التهايؤ على الغلة في العبد
الاجماع كما ظن قول ابي حنيفة وعندهما يجوز وفي العبد الواحد لا يجوز وفرق
بين هذا وبين غلة الدار فان القسمة انما يجوز على تقدير الاعتدال
لانه عند فوات الاعتدال يتمكن فيه معنى التمليك والتملك قبل
الوجود باطل وفي غلة الدار غالبا تقع التعادل لان الاسباب
التغيير لا يعترض في الدار في زمان يسير وفي العبد يعترض
لانه حيوان لا يخلو عن آفة عادة خصوصا عند لحوق التعب

ولان

ولان ذلك يبنى على مسامحة التغيير وذلك يبنى على التفاوت وهذا
على الاستغلال وهذا امر يجري فيه الاستقصاء عادة لان الناس
يتفاوتون في الاستقصاء غاية التفاوت لانه من باب الكسب
ويفرق بينه وبين التهايؤ في خدمة لان حق فيه مما لا يتفاوت
لان ذلك امر باشره العبد بنشاطه من غير تحمل عليه لانه لو تحمل
عليه يخرج في ذلك والاستغلال امر يتأتى بالتحمل لان الغرض
منه طلب المال والناس يتفاوتون في ذلك وعن ابي يوسف ومحمد
من التهايؤ في غلة عبد واحد وغلة عبدين وكذلك عند ابي يوسف ومحمد
في عبدين واحد لان الا يجوز الا ان يكون عادته في عبد واحد لا ذكر
لا يتأتى الا في زمانين ثمنا خذ مرة احدهما عن مدة الاخر ما يكون
يتوهم اسبابه يتغير في احدهما اكثر من التوهم في حق الاخر
انا اعتبرنا هذا التفاوت في التهايؤ في الغلة وما اعتبرناه
في الخدمة لان العبد يخدم بنشاطه فلا يتحقق النفع عادة
وفي الكسب يحصل النفع بسبب التغير فان اعتبرنا من التوهم
التغير في الباب انه يتفاوت بتفاوت الزمان ومن العبد في
في حقها على السواء لانه يكون ذلك في زمان واحد وفي العبد الواحد
يكون في زمانين فلو جمعه نقول متى اعتبرنا التفاوت عند
اختلاف الزمان لان نعتبر عند اختلاف المحل اولى حال العبدين
في حصول النفع عادة بل يتفاوتان وعند التفاوت في تحمل النفع
الاعتدال في التهايؤ وعند فوت الاعتدال يتمكن فيه معنى التمليك
فيفسد كما بيناه **قوله** ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان
~~والدار والاخرى التهايؤ من حيث المكان فاختار احدهما القاضي اتى الا نعان~~
على احدهما لان التهايؤ في المكان اعدل لانه اذا سكن احدهما مقدم
الدار والاخر في مؤخرها تحصل لانه في قسمة منفعة المحل و
التهايؤ في الزمان لكل لان كل واحد منهما ينتفع بجميع المحل في
مدة فاذا اختلفا في البداية في التهايؤ بالزمان اقرع بينهما
نفيا للتهمة الميل **قوله** على ان يخدم هذا اي هذا العبد
بالضم فوله والاخر والاخرى الاول بالنصب والثاني بالضم **قوله**
وهكذا روي عن ابي حنيفة يعني روي عن ابي حنيفة في الكتاب
ان التهايؤ على خدمة العبدين لا يجوز وظاهر الرواية على خلاف ذلك
وقد مر بيانه انفا **قوله** ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد

بالكسر
دون ذاتيهما بمنزلة قسمة العين بالكسر ثم باع احدهما نصيبه
مما باعه للآخر وفي الغلة يتحقق القسمة في نفس الغلة وجوزنا ذلك
على تقدير التعادل فيحتمل ظهور التفاوت في العاقبة لا ابتداء فشاركه
صاحبه في الفضل فيفضي للتعادل **قوله** وفي الاستغلال لهما ايه
على الركوب عند ابي حنيفة ~~ثم تعلم ابو يوسف~~ وعندهما يجوز قال في شرح
الكافي وان تهايؤا على الركوب او الغلة في الدابتين جاز عند ابي يوسف
ومحمد ولا يجوز في قول ابي حنيفة ثم تعلم ابو يوسف انهما باه في الدواب
في ركوب ولا غلة هما يعتبران بالمنفعة بالرقبة ثم قسمة الدواب
من جنس واحد يجوز رقبة فكذا منفعة ويعتبران بالعبيد ايضا فانه
يجوز التهايؤ في الغلة والخدمة في عبدين فكذا في الدابتين وابو حنيفة
يفرق بينهما وجه الفرق ان العبد يخدم بنشاطه ولا يحمل احد
والظاهر انه يخدم على نمط واحد فيتحقق التعادل في قسمتها
والدابة لا تحمل الا بالحمل والناس يتفاوتون فيه ولهذا قلنا ان من استأجر
عبدا للخدمة ولم يبين فمخدوم يجوز له ان يستأجر للخدمة فاجره
من غيره يجوز وفي الدابة الحكم بخلافه وما كان ذلك الا لما قلنا ويتحقق التفاوت
لا ينقسم تصحيحا لنصيبه فهي التملك وفي الدابة الواحدة التهايؤ
في الركوب على الخلاف الذي ذكرناه وفي الغلة لا يجوز بلا خلاف كما في
العبد الواحد **قوله** والدابة يحملها اي تحمل الزيادة على طاقتها
وهي على حسنه المبني للمفعول **قوله** واما التهايؤ في الاستغلال
يجوز في الواحد في ظاهر الرواية وذكر في الجمعية التهايؤ
من حيث المنفعة لانه لا فرق بين ان يتهايأ بسكنى او يؤاجرها فيأكل
غلتها وبين ان يتهايأ في الغلة ابتداء وعند ذكر محمد في الرقيات
انه لا يجوز التهايؤ في الغلة لان الغلة اسم للدراهم وهي معدومة
للحال وقسمة المعدوم قبل الوجود لا يجوز اذا رضيا بحمل القسمة
بعد الوجود بخلاف القسمة في المنفعة ولهذا يجوز القسمة في غلة
عبد واحد كذا في شرح الكافي موكولا لو زادت الغلة في نوبة احدهما
عليها في نوبة الآخر اي لو زادت الغلة في الدار الواحدة والضمير
في عليها راجع الى الغلة **قوله** والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز
الكافي ظاهر الرواية وهذا احتراز عن رواية الكتاب ويجوز
قبل هذا **قوله** وكذا يجوز في العبدين عندهما اي يجوز التهايؤ في
استغلال العبدين خلافا لابي حنيفة ولا يجوز التهايؤ في استغلال عبد واحد

على من يأخذ اختيارا استحسانا وفي الكسوة لا يجوز المسامحة في الطعام
دون الكسوة قال في الشامل تهايا في عبدين على ان يستخدم كل
واحد احدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحسانا لانه يستغني ان
تخدمه ويؤتى بطعامه من يستخدمه فيجوز ولو تهايئا على ان يكون
على كل واحد كسوة ما في يده لا يجوز لان كسوتها عليهما فيكون كل واحد
مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذي في يده وانه
مجهول فلا يجوز **قوله** ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما
دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لانهما يقولان بقسمة
الجبر في الدور فكذا في قسمة منافعها وابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين
قسمة الدور وقسمة منافعها ويجيء الفرق بعد هذا بخلاف
الفتاوى الصغرى وذكر الكرخي هذا اذا تراضيا عليه اما عند
طلب احدهما فالقاضي لا يجبر عند ابي حنيفة لان عنده قسمة الجبر لا يجري
في الدور فكذا في القسمة بطريق التهايؤ والى قول الكرخي اشار
صاحب الهداية بقوله قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا اي في سكنى الدارين لا بالتراضي ولا
بالجبر وهذه رواية الكيسانيات ثم قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي وكذلك التهايؤ في الدارين على السكنى او الغلة
جائزة وذكر في الكتاب ما يعني عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان قسمة المنفعة
تعتبر بقسمة العين وقسمة العين في الدارين عنده لا يجوز باعتبار
التفاوت الا ان ثمة يجوز بالتراضي لانه يعتقد عليكما عن ذلك وعليك
الدار بالدار جائزة وهاهنا يعتقد تمليك السكنى بالسكنى وذكر بالحال
وفي ظاهر الرواية يجوز بخلاف رقبة الدار لان في الرقبة انما لا يجوز
جبرا باعتبار التفاوت في المالية ولا يمكن التقريب بينهما فيحصل التفاوت
الا اذا حصل التخصص وفي المنفعة يحتمل التقريب بزيادة المدة في حق
احدهما من غير ضرر التخصيص والتهايؤ في دار واحدة على الغلة
جائز وقد ذكرناه الا ان غلة الدارين فضلت في يد احدهما شاركه
صاحبه فيها وهذا في قولهم جميعا فرق بين هذا وبينما اذا تهايا
في السكنى ثم آجر احدهما في مدته بالفضل فما اجرة الآخر حيث لا يشاركه
صاحبه في الفضل والفرق ظاهر لان ثمة التهايؤ وقع في المنافع
فيجب مراعاة المعادلة في المنافع فان المنافع قد استويا ثم حصل للآخر
في البدل [illegible] للعقد فيكون التفاوت مضافا الى العقد
المعادلة

بالاتفاق وقد صرح بان ذكر **قوله** ضرورة أي ضرورة أن المنافع
لا تبقى فيتعذر قسمتها كذا أثبتوا الضرورة في المتن بعدها **قوله**
ولا يجوز في الدارين عنده خلافا لهما أي لا يجوز التهايؤ على الاستغلال
عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي الدابة الواحدة لا يجوز بلا خلاف
وقد حررنا هذا فيما مر في شرح الكافي والتهايؤ في دار وعبد في
السكنى والخدمة جائز وفي الغلة باطل قولا أي جميعا جائز
في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا كان بالتراضي أما بدون التراضي
لا يكون لتفاوت المعادلة ومع التراضي يمكن فيه معنى التمليك
ولكن تمليك منفعة السكنى بمنفعة الخدمة جائز وفي الغلة يكون ايضا
لا يسلم عندهما لأن ذكر الحقيقة تمليك المنفعة وأبو حنيفة بانه تمليك
المنفعة بل هو تمليك الدراهم لأن الغلة اسم لبدل المنفعة فيكون هذا
تمليك الدراهم قبل وجودها فلا يجوز لأنه يمكن تمليكها بعد وجودها
كالمنفعة وكذا فيما إذا كان الغلة من جنس واحد لأنه عند
اتحاد الجنس يصير تمييزا والتمييز يجوز حالا ومضافا إلى زمان الوجود
فيما يحتمل التمليك بعد الوجود فلذلك بطل المهاياة في الغلة لو ذكرها
تمليكا **قوله** ولو كان نخل وشجر أو غنم بين اثنين فتهايآ على
أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب
ألبانها لا يجوز وذكر لأن الثمر واللبن عين ولا يجوز قسمة الأعيان قبل
وجودها وإنما جاز قسمة المنافع قبل وجودها للضرورة لعدم
بقائها فاعتبار معنى التمييز لا ضرورة في الأعيان قبل الوجود لإمكان
القسمة بعد الوجود لأنها تبقى [illegible] والحيلة أي
الحيلة في جواز التهايؤ أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها
بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن مقترضا لنصيب صاحبه
يعني يبيع أحد الشريكين حصته من الشجر والغنم من صاحبه ثم يشتري
من صاحبه بعد مضي نوبته جميع الشجر أو الغنم فيحل لكل
واحد منهما ما يتناوله لأنه حصل اللبن أو الثمر على ملك المشتري
أو ينتفع بالكل مستقرضا للنصيب صاحبه من الحليب كل يوم
إلى مدة معلومة ثم إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن في تلك
تلك المدة بعضه من نصيبه في هذه المدة وبعضه مما
اقترضه في المدة الماضية وذكر ينبغي أن يزن اللبن أو يكيله كل يوم
حتى يكون التساوي في الاستيفاء ولا يكون ربا لأن اللبن يزيد وينقص
في الحلب

وقال

لعله اصر
وقال في الشامل في قسم المبسوط
لذا

وقال في قسم الشامل من المبسوط بقرة بين اثنين تهايآ على أن يكون
نصفها عند هذا والنصف عند الآخر يعلفه ويشرب لبنها لا يجوز
وعلفها لا يجوز لأن اللبن بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد منهما
بنصف لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه ولأن اللبن يزيد وينقص
والعلف مثله فيكون التفاوت فاحشا فتكون مبادلة محضة فكان بيع اللبن
باللبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبله
أولى وقال في الفتاوى الصغرى بقرة بين اثنين تواضعا على أن
يكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها فهذه مهاياة
باطلة ولا يحل فضل اللبن لأحدهما وإن جعلا في حل إلا إذا استهلك
صاحب الفضل فضله ثم جعله صاحبه في حل فحينئذ يحل لأن الأول هبة
المشاع فيما يحتمل القسمة فلا يجوز والثاني هبة الدين فإنه يجوز وإن كان
مشاعا ونقله عن قسمة الواقعات

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الأرض من أنواع ما تقع فيه القسمة
ذكر المزارعة عقيب القسمة ولأن الأرض بعض ما يجري فيه القسمة
ثم بعد قسمة الأرض قد يحتاج إلى الزراعة فيها فيذكر أنواعا يحتاج عقيبها
اعلم أي أن المزارعة عقد على الزراعة ببعض الخارج وهو إجارة
الأرض أو العامل ببعض الخارج نحو الثلث أو الربع وفي جوازها
خلاف يجيء بعد هذا فأما إجارتها بالدراهم والدنانير أو الذهب
أو فضة معينة في الذمة إذا كانت المدة وبين ما تزرع فيها فلا يسمى هذا
العقد مزارعة بل يسمى إجارة والمعاملة إجارة العامل ليعمل
في كرمه وأشجاره من السقي والحفظ ببعض الخارج ثم لا بد أن
تعرف ركنها وشرائط جوازها وحكمها وصفتها فأما ركنها
فالإيجاب والقبول وأما شرائط جوازها فمن شرائط جواز
المزارعة كون الأرض صالحة للزراعة وكون رب الأرض والمزارع
من أهل العقد وبيان المدة بأن يقول إلى سنة أو إلى سنتين
وكذا إذا دفع الكرم معاملة في القياس لا يجوز من غير بيان
المدة وفي الاستحسان يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج في تلك السنة
فعلى جواز الاستحسان فرق محمد بين المزارعة والمعاملة فأوقع
المعاملة على ثمرة واحدة وما أوقع المزارعة على زرع واحد
في سنة واحدة وعن محمد بن سلمة أن المزارعة والمعاملة من
غير بيان المدة جائزة أيضا وتقع على سنة واحدة يعني على زرع واحد

وبه اخذ الفقيه ابو الليث ذكره في اول مزارعة الطحاوي ومن الشرائط
ان يخلي رب الارض والنخيل بين الارض والنخل وبين المزارع والعامل
حتى لو شرط في العقد ما يتعذر به التخلية مثل عمل رب الارض
والنخل مع المزارع او مع العامل لا يجوز على ما يأتي بيانه بعد هذا
ومن الشرائط بيان من عليه البذر حكي عن [illegible] بلخ ان بيان من عليه البذر
في موضع ليس فيه عرف ظاهر ان البذر على من يكون او كان العرف
مشتركا اما في كل موضع كان بينهم عرف ظاهر ان البذر يكون على احدهم
بعينه لا يشترط بيان من عليه اذ المعروف كالمشروط كما في نقد
البلد وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا قال الفقير آجرتك ارضي هذه سنة
بالثلث او قال بالنصف فهو جائز والبذر على المزارع ولو قال دفعت
اليك ارضي او قال اعطيتك ارضي مزارعة بالثلث فهو فاسد لانه
ليس فيه بيان من عليه البذر وانه شرط ولا كذلك الصورة الاولى
لان الاجارة تكون على المستأجر لا محالة ومن الشرائط بيان ما يزرع في الارض
وهو انما يتأتى وفي الاجناس بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض
الرأي الى المزارع او لم يفوض بعد ان ينص على المزارعة هكذا ذكر
شيخ الاسلام في اول شرح المزارعة ومن الشرائط بيان النصيب على وجه
لا يقطع الشركة بينهما في الخارج بان يقول بالنصف او بالثلث او بالربع
او ما اشبه ذلك وان بينا نصيب احدهما ان بينا نصيب من له البذر منهما
جازت المزارعة قياسا واستحسانا وان بينا نصيب من كان البذر من جهته
جازت المزارعة استحسانا لا قياسا ومن الشرائط في المعاملة ان يكون العقد
واقعا على ما هو في حد النمو حتى يزيد في نفسه بسبب عمل العامل
حتى انه اذا عقد عقد المعاملة على ما انتهى عظمه وصار بحال لا يزيد
في نفسه بسبب عمل العامل لا يصح وسيأتي بيانها واما بيان حكمها اذا صحت
فنقول لها حكمان احدهما يثبت في الحال وهو الملك في منفعة الارض
ان كان البذر من جهة المزارع او ثبوت الملك في منفعة العامل
ان كان البذر من جهة رب الارض وفي العامل ثبوت الملك في منفعة
العامل والحكم الآخر يثبت في الثاني وهو الشركة في الخارج واما
بيان صفتها فنقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى
ان كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ الا بعذر والمزارعة لازمة
من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ الا بعذر غير لازمة
من قبل من له البذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ من غير عذر

والعد

البذر
وبعدما القى البذر في الارض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك احدهما
الفسخ بعد ذلك الا بعذر وفي المنتقى عن ابي يوسف اذا كان البذر من
قبل رب الارض ودفعه الى المزارع فليس لواحد منهما ان
يبطل المزارعة وان لم يدفع البذر الى المزارع فلرب الارض
ان يبطلها وليس للمزارع ان يبطلها كذا ذكر في تجريد المحيط قوله
قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة وتفسيرها لغة
العقد على الزرع [illegible] وكذلك المعاملة لا تجوز عند ابي حنيفة ببعض
الخارج وقال صاحباه كلاهما جائز وعند مالك لا يجوز دفع الارض
مزارعة الا تبعا للنخيل والكروم والاشجار وشرط التبعية عنده
ان يكون الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية كذا في المحيط
وقال الشافعي يجوز المزارعة تبعا للمساقاة على الارض التي بين
النخيل ولا يجوز منفردة ولا يجوز حتى يكون من رب الارض البذر
والغذاء ومن العامل العمل كذا في شرح الاقطع وقال الخرقي
من اصحاب احمد بن حنبل تجوز المساقاة في النخل والكروم
والشجر بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمرة ولا يجوز ان يجعل له فضل
دراهم وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الارض اذا كان البذر
من رب الارض الى هنا لفظ الخرقي وذكر الخصاف في كتاب الحيل
الحيلة في جواز المزارعة على مذهب ابي حنيفة فقال الحيلة
في ذلك ان ياخذها مزارعة ثم يأتي بها الى قاض يرى المزارعة
جائزة فيحكم بجوازها عليهما فيجوز ذلك اذا قضى قاض
بذلك فان لم يتهيأ امر القاضي ففي هذا حيلة قال نعم
يكتبان كتابا باقرارهما ان قاضيا قضى عليهما بانفاذ هذه المزارعة
فيجوز اقرارهما بذلك على انفسهما الى هنا لفظ الخصاف وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي من الحيلة لابي حنيفة في جواز المعاملة
والمزارعة ان يستأجر العامل باجرة معلومة الى مدة معلومة
ثم اذا انقضت تلك المدة استوجب الاجرة سواء حصل هناك خارج
او لم يحصل ثم يبرأ [illegible] على بعض الخارج فيكون الاجر فيجوز ذلك
فكذلك هذا في المزارعة وحجتهما في ذلك معاملة رسول الله صلى الله
عليه وسلم اهل خيبر وفعل الصحابة وانا نعمل بها لذلك كما ذكر
البخاري في جامعه الصحيح وقال قيس بن مسلم عن ابي جعفر قال
ما بالمدينة اهل بيت هجرة الا يزرعون على الثلث والربع وزارع علي

وسعد بن مالك وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة
وآل أبي بكر وآل عمر وآل علي وابن سيرين وقال عبد الرحمن بن الأسود
كنت أشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع وعامل عمر الناس
على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاؤوا بالبذر
فلهم كذا وقال الحسن لا بأس أن تكون الأرض لأحدهما فينفقان
جميعا فما خرج فهو بينهما ورأى ذلك الزهري وقال الحسن لا بأس أن
يجتنى القطن على النصف وقال إبراهيم وابن سيرين وعطاء والحكم
والزهري وقتادة لا بأس أن يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه
حدثني إبراهيم بن المنذر قال حدثنا أنس بن عياض عن عبيد الله
عن نافع أن عبد الله بن عمر أخبره أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل خيبر
على شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر وكان يعطي أزواجه مائة
وسق ثمانون وسق تمر وعشرون وسق شعير إلى هنا لفظ صحيح
البخاري وقال أيضا فيه حدثنا علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان
قال عمرو قلت لطاوس لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عنه قال أي عمرو فإني أعطيهم وأعينهم وإن
أعلمهم أخبرني يعني ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه
ولكن قال أن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليه خرجا معلوما
وحجة أبي حنيفة ما ذكره صاحب السنن بإسناده وقال حدثنا قتيبة بن
سعيد عن مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس أنه سأل
رافع بن خديج عن كراء الأرض فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء
الأرض فقلت أبالذهب والورق فقال أما الذهب والورق فلا
بأس به وحدثنا عبد الملك بن شعيب بن الليث قال حدثني أبي عن جدي
الليث قال حدثني عقيل عن ابن شهاب قال أخبرني سالم بن عبد الله
أن ابن عمر كان يكري أرضه حتى بلغه أن رافع بن خديج الأنصاري
كان ينهى عن كراء الأرض فلقيه عبد الله فقال يا ابن خديج ماذا
تحدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كراء الأرض فقال رافع لعبد الله
والله لقد كنت أعلم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الأرض
تكرى ثم خشي عبد الله أن يكون أحدث رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ذلك شيئا لم يكن علمه فترك كراء الأرض وقال صاحب السنن أيضا حدثنا
يحيى بن معين قال حدثنا ابن رجاء يعني المكي قال ابن خثيم حدثني
عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم

يقول من لم يذر المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله
وحديث الطحاوي هذا الحديث في شرح الآثار بإسناده عن
أبي داود عن يحيى بن معين إلى آخر الإسناد وحدث الطحاوي أيضا
وقال حدثنا فهد قال حدثنا ابن أبي مريم حدثنا محمد بن مسلم الطائفي أخبرني
إبراهيم بن ميسرة أخبرني عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة والمزابنة والمحاقلة
والمخابرة هي الثلث والربع والنصف والمزابنة بيع الرطب
في رؤوس النخل بالتمر وبيع العنب في الشجر بالزبيب والمحاقلة بيع الزرع
قائما على أصوله بالطعام كذا ذكر الطحاوي وقال في الفائق
المخابرة هي المزارعة على الخبرة وهي النصيب وقال أبو عبيد في غريب
الحديث المخابرة هي المزارعة بالنصف والثلث والربع وأقل من ذلك
وأكثر وهو الخبر أيضا ثم قال أبو عبيد وكان أبو عبيدة يقول
إنما سمي الأكار الخبير لأنه يخابر الأرض والمؤاكرة هي المخابرة
قال أبو عبيد سمي الأكار لأنه يؤاكر الأرض وقال في مختصر الأسرار قال
ابن الأعرابي المخابرة مشتقة من معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم
أهل خيبر ثم صار لغة مستعملة وقال صاحب السنن أيضا حدثنا
أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثنا عمر بن أيوب عن جعفر بن برقان عن ثابت بن
الحجاج عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت
وما المخابرة قال أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع ولأبي يوسف
ومحمد رض في المعقول وهو أن الحاجة ماسة إلى تجويز المزارعة
والمعاملة لأن من الناس من له أرض يعجز عن زراعتها
واستغلالها فيفوضها إلى غيره ومن الناس من يقدر على
العمل والزراعة وليس له أرض يزرعها وهذا قال بعض الناس
يجوز الشرع عقد المزارعة والمعاملة دفعا لحاجتهما وله نظير
في أصول الشريعة وهي المضاربة فإنها ما جوزت إلا لهذه الحاجة
لأن من الناس من له مال ولا يهتدي إلى العمل ومنهم من يهتدي
إلى العمل ولا مال له فجوزنا المضاربة ليحصل الربح لهما جميعا و
لأبي حنيفة أن المزارعة والمعاملة استئجار ببعض الخارج وذلك البعض
مجهول أو معدوم وعدم الأجرة وجهالتها تفسد العقد وإنما
قلنا ذلك لأن الأرض أو الشجر إما أن تخرج شيئا أو لا فإن أخرجت
فالأجرة مجهولة لأن مقدار الثلث والربع لا يعلم كم هو وإن لم تخرج

فالاجرة معدومة والجواب عن قياسها على المضاربة بقول ذلك
ليس بصحيح لوجود الفارق وهو ان المضاربة انما تشرط فيها الربح بعد
سلامة راس المال ووصوله الى يد ربه وليس المزارعة و
المساقاة كذلك لان من المساقاة في قول من يجيزها لو ان ثمرة
النخل لم يجد منه الثمر ثم احترقت النخل كان الثمر بينهما على ما
اشترطا ولم يمنع عدم النخل كما يمنع عدم راس المال في المضاربة
من الربح وتنعقد المزارعة والمساقاة اذا عقدتا لا الى وقت معلوم
بخلاف المضاربة فانها تجوز الى وقت معلوم ويكون للمضارب
ان يمتنع من المضاربة بعد اخذ المال ولا يجبر على ذلك وكذا ايضا
اذا بدا لرب المال وليست المزارعة والمساقاة كذلك فانه لا يكون لاحدهما
فسخ العقد الا بتراضيهما او بمضي الوقت ويجبر على انفاذه بظهور
الفرق ومن جهة النظر ان المزارعة والمساقاة اشبهت بالاجارة
والمضاربة اشبهت الشركة لان الاجارة لا تجوز الا على عمل معلوم او الى
وقت معلوم وبدل معلوم ثم انها دخلتها الجهالة فيه وفي العقد
وكذا المساقاة والمزارعة لانها لا تجوز الا على ارض وشجر معلوم
الى وقت معلوم ثم الاجارة على بدل مجهول فاسد فكذا المزارعة والمساقاة
واما شبه المضاربة بالشركة لان الشركة تصح على بدل مجهول الا ترى انه لو قال
له اتجر فيما بدا لك وكذلك تصح الى وقت مجهول الا ترى انها لو لم توقت
جاز فكذلك المضاربة تصح على عمل مجهول الى وقت مجهول وقد ثبت
بما ذكرنا ان المساقاة والمزارعة لا تجوزان الا ببدل معلوم ولهذا
والتحري واشبههما وهو قول ابي حنيفة فاما ابو يوسف ومحمد تركا في ذلك
النظر وقلدا الاثار وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد
انه سأل طاوسا وسالم بن عبد الله عن المزارعة بالثلث والربع فقال
لا باس به فذكرت ذلك لابراهيم فكرهه وقال ان طاوسا له ارض
يزارعها فمن اجل ذلك قال ذلك قال محمد كان ابو حنيفة ياخذ بقول ابراهيم
ونحن ناخذ بقول سالم وطاوس لا نرى بذلك باسا قوله في معنى قفيز الطحان
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا
حتى يطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها والاشكال ان كان استيجار
العامل ببعض ما يخرج من عمله فكذا المزارعة والمساقاة ويكونان
في معناه قوله ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر
خراج مقاسمة بطريق المن والصلح يعني انهم لم يكن يطلبوا المزارعة
والمعاملة

بلـ

فلما
بل كانت يطلبوا الخراج على وجه المن عليهم لان النبي صلى الله عليه وسلم لما
غنمها فلو كان اخذ كلها جاز وتركها في ايديهم
منا وتفضلا وكان ذلك خراج مقاسمة وهو جائز بشطر ما يخرج
ولا نزاع فيه وانما النزاع في المزارعة والمعاملة وقد عرف بان
الخراجين ذكرنا في باب الزكوة ولان المدة لم تكن معينة في معاملة اهل
خيبر والمدة بعينها شرط فيها وقال ابو بكر الرازي في شرحه مختصر
الطحاوي ومما يدل على انها تخرج من نصف الثمر والزرع كان على وجه
الجزية انه لم يرد في شيء من الاخبار ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ
منهم الجزية الى ان مات ولا ابو بكر ولا عمر الى ان اجلاهم ولو لم يكن ذلك
جزية لاخذ منه الجزية حين نزلت اية الجزية قوله ولا اثر هناك
اي لم يوجد الاثر في دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف
الزوائد قوله فاذا فسد عنده اي فسد العقد عند ابي حنيفة
فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة
فاسدة قال في شرح الطحاوي فاذا لم يجز عنده كان الخارج كله لصاحب البذر فان كان
البذر من قبل رب الارض فالخارج كله له ويطيب له ولا يتصدق بشيء
لان ذلك كله نماء ملكه ويجب عليه اجر مثل المزارع وان كان البذر
من قبل المزارع فالخارج كله له ويجب عليه اجر مثل الارض لصاحب
الارض لانه استعمل الارض بعقد فاسد فيطيب له من الخارج بازاء البذر
والمؤنة ولا يطيب له ذلك وما فضل من ذلك يتصدق به واما على قولهما فان
حصل من الخارج شيء يكون بينهما على الشرط وان لم يحصل فلا شيء على
رب الارض ولا على المزارع قوله ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها
شروط وقد ذكرنا جميعها في اول الكتاب قوله وهذا لا يختص به
اي كون العاقدين من اهل العقد هو الشرط الذي لا يختص بعقد
المزارعة لانه شرط في سائر العقود قوله وبالثالث بيان المدة
لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل بانه كما قال في شرح
الطحاوي بقوله وعقد المزارعة قد تكون استيجارا للشخص ببعض
الخارج كما اذا كان البذر من قبل رب الارض وقد تكون استيجارا للارض
ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل المزارع ثم بيان المدة شرط و
هو الظاهر وعن محمد بن سلمة انه ليس بشرط وقد مضى في اول الكتاب
قال في النوازل سئل ابو نصر محمد بن محمد بن سلام عن رجل دفع ارضا
مزارعة ولم يبين لهما وقتا على مذهب علمائنا ان كل وجه من المزارعة

حشية: توفي محمد بن سلمة سنة ثمان وسبعين ومائتين في شوال وصوابه سبع وثمانين سنة وتوفي ابو نصر سنة خمس وثلثمائة

وفي قول محمد وفي ليلة الاجارة جائزة وهو على اول السنة بالاتفاق
وبه ناخذ فانما قال اهل الكوفة ذلك لان وقت المزارعة عندهم
متفاوت فابتداؤه وانتهاؤه مجهول وفي المعاملة معلوم فاجازوا
المعاملة على اول السنة ثم حينئذ في المزارعة فاما في بلادنا فوقت
المزارعة معلوم فيجوز وان لم يوقت كما يجوز المعاملة الى هنا
لفظ النوازل قوله والمدة هي المعقود عليها اي المنافع تعلم
المنافع بالمدة التي هي المعقود عليها ذكر في باب المزارعة بعلامة
السين من الواقعات رجل دفع ارضه معاملة خمس سنين بعده
معاملة فاسدة لانه يقع بعضه في المدة وبعضه خارج المدة
قوله والرابع الشركة في الخارج المراد منه ان يشترط العاقدان
زمان العقد ان يكون جميع الخارج بينهما داخلا تحت المراد منه حصول
حقيقة الشركة في الخارج من العقد لان ذلك لا يكون الا بعد الخروج
فلا يكون شرطا لان شرط الشيء لا بد ان يكون سابقا عليه لتوقفه عليه
لا متاخرا بل هو حكم كما ذكرناه في اول الكتاب قوله والرابع بيان
جنس البذر ليصير الاجر معلوما وذلك لان الاجر بعض الخارج واعلام
جنس الاجر شرط وهذا قياس وفي الاستحسان ليس ذلك بشرط مر بيانه
في اول الكتاب قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا استاجر الرجل
ارضه مزارعة ولم يسم ما يزرع فيها فالمزارعة فاسدة فان اختصما
قبل ان يزرع فسخت وان لم يختصما فيها حتى زرعت وحصد زرعها
وانقضت مدة الاجارة كان لرب الارض الاجر الذي وقعت الاجارة
به لا شيء له غيره الى هنا لفظ الطحاوي قال الامام الاسبيجابي
في تعليله لان الارض مما يختلف باختلاف الزرع فرب زرع ينقص
الارض نقصانا كثيرا ورب زرع ينقصها نقصانا قليلا ورب زرع
يزيد في الارض فلا يجوز ما لم يبين فان اختصما قبل الزراعة كان
لكل واحد منهما فسخ الاجارة ولو زرع المستاجر فيها شيئا قبل الفسخ
تعين ذلك للعقد وللمؤاجر المسمى من الاجرة وكذلك لو استاجر
دابة ولم يسم ما يحمل عليها او استاجر ثوبا ولم يبين من يلبسه او استاجر
قدرا ولم يبين ما يطبخ فيها وقال القاضي في شرح الطحاوي اذا دفع
الارض مزارعة على ان البذر من قبل العامل على ان الخارج بينهما
ولم يشترط عليه ان يزرع فيها شيئا معلوما فزرع غيره فانه يكون
مخالفا سواء اضر بالارض او لم يضر بخلاف ما اذا اجر ارضه بدراهم

بيان الاجر

والفرق

والفرق بينهما ان الاجرة هنا بعض الخارج والخارج يختلف باختلاف
الزرع فاذا شرط الحنطة فقد رضي ان يكون اجرتها حنطة فاذا
زرع الشعير صار مخالفا وفي تلك الاجارة بدراهم لان هناك
الاجرة في كلها فلو بطل العقد انما بطل لاجل المضرة لان
كل ما زرع فيها يكون في المضرة مثله او دونه لم يوجد الخلاف
وان كان اكثر من ذلك يكون مخالفا قوله وهي عندهما على
اربعة اوجه ان كان الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد
جازت المزارعة اي قال القدوري في مختصره رحمه الله ثم قبل هذا
شرائط صحة المزارعة عندهما ثم اعرف اصولا يدور عليها
جواز المزارعة وهي ثلاثة منها انه يجوز استيجار الارض للعامل
ببعض ما يخرج ولا يجوز استيجار البقر لان هذا استيجار باجر
مجهول فلا يجوز قياسا وانما عرفنا الجواز بالخبر ولم يرد نص في
استيجار البقر ببعض الخارج والاصل الثاني ان صاحب البذر يستحق
الخارج بسبب انه نماء ملكه ببذره لا بالشرط والذي ليس من قبله
البذر يستحق الخارج بالشرط وهو عقد الزراعة فان كان العقد صحيحا
يجب المسمى وان كان فاسدا لا يستحق المسمى ويجب اجر المثل
بمقابلة منفعة الارض او منفعة العامل لانه لم يرض ببذل
منفعته من غير عوض لكن عند محمد يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وعند
ابي يوسف مقدر بقدر المسمى ذكروا الخلاف في كتاب الشركة
ويكون الخارج كله لصاحب البذر لانه نماء ملكه والثالث ان البذر
ان كان من قبل رب الارض يجوز ان يكون البقر منه ويجوز ان يكون
من قبل العامل ايضا لانه في الوجه الاول يكون مستاجرا للعامل
بآلة من عنده وذلك جائز وفي الوجه الثاني يصير مستاجرا العامل
لعمل العامل بآلة له لنفسه فيكون البقر تبعا للعامل ولا يكون
مستاجرا للبقر كالابرة للخياط وان كان البذر من قبل العامل
ينبغي ان يكون البقر منه ولا يجوز ان يكون البقر من قبل رب الارض
لان البقر لا يصلح تبعا للارض لان منفعة البقر من خلاف منفعة الارض
فكان استيجار البقر ببعض الخارج وذلك لا يجوز فاذا عرفت هذه
الاصول نرجع الى ما قال في الكتاب وهو قوله وهي عندهما
على اربعة اوجه وهي في الظاهر كذلك على اربعة انواع وقد
يتفرع انواع اخر منها اما بيان الاربعة فهي اما ان يكون الارض

دراهم ح

لعله

او البذر من رب الارض والعمل والبقر من العامل او يكون الارض والبذر
والبقر من رب الارض والعمل من العامل فهذا ويكون الارض من احدهما
من صاحب الارض والباقي كله من العامل او يكون الارض والبقر
من صاحب الارض والبذر والعمل من العامل ففي الثلاثة الاول
المزارعة صحيحة لان في الفصل الاول صاحب الارض مستاجرا
للعامل والبقر آلة العمل فيكون تبعا له فلا يكون الاجر مقابلا
بالعمل البقر كمن استاجر خياطا ليخيط بابرته يكون وفي الفصل
الثاني صاحب الارض مستاجر للعامل وحده وفي الفصل
الثالث يكون العامل مستاجرا للارض وحده واستيجار الارض
بجزء منها وكذا استيجار العامل وحده ببعض الخارج يكون جائزا
صحيحة لورود الحديث به مخالفا للقياس وفي الفصل الرابع
لا يجوز لانه يصير صاحب البذر وهو العامل مستاجرا للارض والبقر ببعض
الخارج فيكون البعض بمقابلة البقر مقصودا ولم يرد الشرع به
فبقي على اصل القياس وروي عن ابي يوسف في الامالي انه اجازه و
جعل منفعة البقر مقصودا تبعا لمنفعة الارض كما جعل تبعا
لمنفعة العامل فان كان البقر تبعا للارض في العقد الاول انه لو شرط
البقر مع الارض لا يصح مقصودا واما الانواع المتفرعة فمثل ان يكون
البذر من احدهما والباقي من الآخر فهذه المزارعة فاسدة فانه يصير
مستاجرا للارض والبقر والعامل جميعا بالبذر ولم يرد الشرع به قال الامام
قاضي خان في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه يجوز لانه استيجار
العامل بالارض ببعض الخارج وكل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند
الاجتماع وكذا لو كان البقر وحده من احدهما والباقي من الآخر فالمزارعة
فاسدة في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز كذا في تحرير المحيط وكذا
اذا كان البذر والبقر من احدهما والارض والعمل من الآخر فالمزارعة فاسدة
لان الشرع لم يرد به ثم الخارج اختلاف الرواية في الوجهين في رواية
لصاحب البذر كما في المزارعات الفاسدة وفي رواية يكون لصاحب
الارض ويصير ذلك قرضا قال الصدر الشهيد ذكرها ابن سماعة في النوادر
في المزارعة وكذلك لو اشتركا اربعة من احدهم البذر ومن الآخر العمل
ومن الآخر البقر ومن الآخر الارض فالمزارعة فاسدة قال محمد بن الحسن
في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد
قال اشترك اربعة نفر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احدهم من عندي البذر
وقال

وقال الآخر من عندي العمل وقال الآخر من عندي الفدان وقال الآخر
من عندي الارض قال فالغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض
وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم
والحق الزرع كله لصاحب البذر الى هنا لفظ كتاب الآثار قوله
وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جاز هذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لان العامل استاجر الارض ببعض الخارج
ما يخرج والبقر غير مستاجرة وانما يستعملها في عمل نفسه وذكره تبع
صحة العقد قوله وان كان الارض والبذر والبقر لواحد والعمل
من آخر جاز هذا لفظ القدوري ايضا وذلك لانه مستاجر للعامل
ببعض ما يخرج من الارض وذلك جائز واما البقر فليس بمستاجر لانه
يجعل مستاجرا للرجل بقر نفسه وانما يعمل على ملكه فصار كمن
استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طبيبا ليطبب بمرهمه اي
بابرة المستاجر وبمرهم المستاجر قوله وان كان الارض والبقر لواحد
والبذر والعمل لآخر فهي باطلة هذا لفظ القدوري قال الكرخي في مختصره
ولو كان البذر من قبل العامل وشرط البقر على رب الارض فان
المزارعة فاسدة عند محمد لانه آجر البقر ببعض ما يخرج الارض
ولا يجوز وعنده ان لو آجر غير الارض ببعض ما يخرج قال محمد وهذا
قياس قول ابي يوسف ايضا وقال ابن سماعة [illegible] ان المزارعة جائزة
قال وهذا مثل رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ودفع اليه مع ذلك
دابة يحمل عليها فهو جائز الى هنا لفظ الكرخي رحمه قول ابي يوسف
على رواية ابن سماعة لو كان البذر والبقر من جانب صاحب الارض فكذا
اذا كان البقر من جانبه وحده وهذا اذا كان البقر من جانب العامل
جاز وان البقر لا يصلح لغيرها الا للتهيئة للارض للزراعة فصار
كانه دفع اليه ارضا مكروبة مهياة للزراعة ولو فعل ذلك جاز
فكذا هذا قيل ان ابا يوسف جعل البقر تبعا للارض في هذه الصورة كما هي تبع
للعامل اذا كانت من جانبه وجه الظاهر ان منفعة البقر من جنس
منفعة العامل فصلحت ان تكون تبعا للعامل وليست منفعة البقر
من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة الانبات بخلق الله
اياها كذلك على هذه الطبيعة ومنفعة البقر صلاحيتها لاقامة
عمل الزراعة بها بخلق الله تعالى [illegible] وليس بينهما تجانس فلم يصح ان يكون
تبعا للارض فبقي البقر مقصودا الا انه استيجار ببعض الخارج ولم يرد الشرع به فلم يجز

قوله لم يذكرها اي القدوري في مختصره قوله لانه يتم الشركة بين البذر والعمل
يعني اذا كان البذر من احدهما والباقي من الآخر لا يجوز لان عقد المزارعة
عقد اجارة في ابتدائه لانه استيجار الارض ببعض الخارج ان كان البذر
من العامل او استيجار العامل ببعض الخارج ان كان البذر من صاحب الارض
وعقد شركة في انتهائه لان الخارج مشترك بينهما على ما شرطا فلو صح العقد
في هذه الصورة كان شركة بين البذر والعمل فلا يجوز ذلك لعدم ورود
الشرع وروي عن ابي يوسف جوازه ذكره فخر الاسلام قوله لانه لا يجوز
عند الانفراد فكذا عند الاجتماع يعني لا يجوز اذا كان البذر وحده من جانب
او اذا كان البقر وحدها من جانب فكذا لا يجوز عند الاجتماع بان يكون
البذر والبقر جميعا من جانب قوله قال ولا تصح المزارعة الا على مدة
معلومة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان عقد المزارعة عقد على
منافع الارض او العامل وتلك المنافع لا تكون معلومة الا ببيان المدة
لان المدة معيارها واليه اشار بقوله لما بينا مشيرا الى قوله في شرط
المزارعة والثالث بيان المدة قوله وان يكون الخارج بينهما شائعا
وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان شرطا لاحدهما
قفزانا مسماة فهي باطلة وذلك لان جواز المزارعة على خلاف القياس
بالاثر وذلك ورد فيما اذا كان الخارج مشتركا وما سواه بقي على اصل
القياس فالاصل في هذا الباب انه متى شرط شرطا يوهم قطع الشركة عن
الخارج تفسد به العقد لان العقد يصير شركة في الانتهاء
فمتى انقطع احتمال الشركة بقي اجارة محضة باجر معدوم وانه لا يصح
قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا شرط في المزارعة ان يرفع صاحب البذر
بذره والباقي بينهما نصفان فهو فاسد قال شيخ الاسلام الاسبيجابي لان هذا
شرط يوهم قطع الشركة لانه يحتمل ان لا يخرج اكثر من هذا القدر فلا
يبقى للعامل شيء والعقد لا ينعقد على وجه يخلو عن مقصوده
وقال الحاكم ايضا ولو شرطا ان يرفع صاحب البذر لنفسه عشر الخارج
والباقي بينهما فهذا جائز قال شيخ الاسلام في شرح الكافي لانه لا يوهم
قطع الشركة فانه ما من خارج وان قل الا وله عشر فيبقى الشركة
في الباقي وقال الحاكم ايضا ولو شرطا رفع الخراج من الخارج والباقي بينهما
فهذا فاسد قال شيخ الاسلام وهذا في خراج الوظيفة لانه يحتمل ان
لا يخرج الا مقدار الخراج فيكون هذا شرطا فاسدا يقطع الشركة
بخلاف خراج المقاسمة لانه شيء مقدر فيصير بمنزلة اشتراط العشر

او الخمس

او الخمس ولو كانت الارض عشرية فاشترط دفع العشر ان كانت تسقى سيحا
او نصف العشر ان كانت تسقى بدلو والباقي بينهما نصفان كان جائزا لما
ان هذا الشرط لا يوهم قطع الشركة كذا في شرح الكافي قوله وكذلك
ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي اي قال القدوري في مختصره يعني
كما انهما اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة تكون المزارعة باطلة
فكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لاحدهما لانه يحتمل ان يعطب
الزرع الا منها فيؤدي الى قطع الشركة وقد روى الطحاوي في شرح الآثار
باسناده الى رافع بن خديج قال كنا بني حارثة اكثر اهل المدينة حقلا
وكنا نكري الارض على ان ما سقت الماذيانات فالربيع فلنا وما
سقت الجداول فلهم فربما سلم هذا وهلك هذا ولم يكن عندنا يومئذ
ذهب ولا فضة فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ونهانا والماذيانات
فارسي معرب اصغر من النهر واعظم من الجدول والسواقي جمع الساقية
وهي فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب فعلى هذا يكون الماذيانات
والسواقي من الالفاظ المترادفة وفرق صاحب الغريبين بينهما فقال
وفي حديث رافع بن خديج كنا نكري الارض بما على الماذيانات وفي رواية احكام
بما على السواقي اي بما ينبت على الانهار الكبار والعجم يسمونها الماذيانات
وليس بعربية ولكنها سوادية والسواقي دون الماذيانات الى هنا لفظ
الغريبين وقال الخطابي في شرح السنن الماذيانات الانهار وهي معربة
وقال احمد بن المظفر الرازي في فوائده لمختصر القدوري الماذيانات
معربة وهي الانهار العظام سميت بذلك لانها يتولد منها الانهار
الصغار والسواقي الانهار الصغار التي لها الغايات والربيع النهر
الصغير قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب يعني
لا تصح المزارعة ذكره بسبيل التفريع على مسألة المختصر وهذا على وجوه
ستة ذكرها فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير اما ان شرطا
ان يكون الحب والتبن بينهما نصفين او التبن لاحدهما بعينه والحب للآخر
او التبن بينهما والحب لاحدهما او الحب بينهما والتبن لاحدهما او ذكرا ان
يكون التبن بينهما وسكتا عن الحب او ذكرا ان يكون الحب بينهما وسكتا عن
التبن ففي الوجه الاول جازت المزارعة ويكون التبن والحب بينهما
كما شرطا وكذا اذا شرطا ان يكون الخارج بينهما او الزرع او الريع بينهما جاز
ويكون الحب والتبن بينهما لان اسم الخارج يتناولهما وان شرطا ان يكون
التبن لاحدهما بعينه والحب للآخر لا يجوز لان هذا شرط يؤدي الى قطع الشركة

لاحتمال ان لا يخرج الحب وكذا اذا شرطا ان يكون التبن بينهما والحب لاحدهما بعينه
لا يجوز لان هذا شرط يؤدي الى قطع الشركة لاحتمال ان لا يخرج الحب وكذا
اذا شرطا ان يكون التبن بينهما والحب لاحدهما بعينه لان المقصود هو الحب
فهذا شرط يؤدي الى قطع الشركة فيما يرجع الى المقصود وان شرطا الحب
بينهما والتبن لاحدهما بعينه فان شرطاه لصاحب البذر جاز ولو شرطاه
للآخر فسد وعن ابي يوسف انه لا يجوز اصلاً لان هذا شرط يؤدي الى قطع
الشركة لاحتمال ان لا يخرج الحب وجه ظاهر الرواية ان النص ورد
بجواز المعاملة وانه شركة في الفرع وهو الثمر دون الاصل
وهو الغراس فما يكون في معناها من المزارعة يلحق بها واذا شرط
التبن لمن لا بذر له فمنه يطيب له نظير المعاملة فيبقى على اصل
القياس وان شرطا التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز لان المقصود
هو الحب فالسكوت عن المقصود يكون بمنزلة السكوت عنها وكذلك لا يجوز
وان شرطا ان يكون الحب بينهما وسكتا عن التبن في ظاهر الرواية يجوز ويكون
التبن لصاحب البذر وعن ابي يوسف انه لا يجوز وهكذا ذكر الطحاوي عن محمد
لان التبن مقصود كما ان الحب مقصود وجه ظاهر الرواية ان استحقاق
من لا بذر منه بحكم الشرط ولم يوجد الشرط فبقي التبن لصاحب البذر فصار
كانهما شرطا ان يكون الحب بينهما والتبن لصاحب البذر وذلك جائز لما ذكرنا
وعن بعض المشايخ ان التبن في هذه المسألة يكون بينهما بمنزلة الحب باعتبار
العرف فانهم يعدون التبن والحب يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف
عند الاشتباه واجب **قوله** ثم التبن لصاحب البذر يعني فيما اذا يكون ه
شرطا الحب نصفين وسكتا عن التبن لان الكل تولد من ملكه لان صاحب
البذر ينمو ببذره ولا يحتاج الى الشرط لان الكل نماء ملكه واستحقاق
العامل بالشرط ولم يوجد قال الطحاوي في مختصره روى اصحاب الاملاء
عن ابي يوسف ان المزارعة فاسدة وجعل محمد التبن لصاحب البذر
الا ان يقع الشرط بينهما كما ذكر لم يخبرنا محمد بعد وهو مالك
على رجوعه عن قوله الى ما قال ابو يوسف في الاملاء قال وهو الصحيح
وبه ناخذ **قوله** والتبن يقوم شرطا الاصل يعني ان التبن للمكان
تبعا للحب كما ذكرنا الشرط في الحب ذكرا في التبن حتى يكون التبن بينهما
ايضا فكانه شرط في التبن ان يكون بينهما كالجنين يصير مقصودا بنية
وكالعبد يصير مقصودا بتبعية المولى **قوله** وان شرط التبن للآخر الامام ع
فسدت يعني فيما اذا اشترطا ان الحب بينهما نصفان وكذلك ان شرطاه

العامل

للعامل لمعصيته الشرط ولا الصح الشرط على وجه لو يخرج يقطع الشركة لانه
ربما لا يخرج سوى التبن وهذا معنى قوله واستحقاق غير صاحب
البذر بالشركة **قوله** قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم تخرج الارض شيئا فلا
شيء للعامل وذلك لان العقد الصحيح حكمه المسمى وهذا عقد
صحيح تجب فيه ما سمى لصحة الالتزام واذا لم تخرج الارض شيئا في
المزارعة الصحيحة لا يجب لواحد منهما على صاحبه شيء لان الواجب
هو المسمى وهو مفقود فلا يستحق عوضا عنه لان عقد المزارعة
شركة في الانتهاء ولا يتحقق الشركة في غير الخارج نعم انه اجارة في الابتداء
ولكن الاجر هو المسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة
لان موجب الاجارة الفاسدة وجوب اجر المثل في الذمة لا المسمى وعدم
الخارج لا يمنع وجوب ما في الذمة **قوله** قال واذا فسدت فالخارج
لصاحب البذر اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الخارج نماء البذر
فيكون لصاحب الاصل الا ان يملكه غيره بالشرط والمشروط في المزارعة
بمنزلة البدل المسمى في الاجارة والتسمية لا تصح مع فساد العقد
فاذا بطلت التسمية بالفساد بقي النماء كله لصاحب البذر لانه لم يشترط
قوله قال ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد
على مقدار ما شرط له اي قال القدوري في مختصره والحاصل هنا
ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا فسدت
المزارعة فالخارج كله لصاحب البذر لانه تولد منه فان كان البذر
من قبل العامل كان لصاحب الارض عليه اجر مثل ارضه لانه لم
يرض بفوات منفعة ارضه عليه مجانا وانما رضي به بعوض يحصل له
وذلك واذا تعذر استحقاق المشروط لفساد العقد يصار الى اجر المثل
وان كان البذر من قبل صاحب البذر كان عليه اجر مثل العامل ويطيب الارض
لصاحب الارض جميع ما اخرجته الارض لانه تولد من بذره بقوة ارضه
وان كان البذر من قبل العامل يطيب له من الخارج مقدار بذره وما
غرمه ويتصدق بالفضل لانه تولد بقوة ارض الغير بعقد فاسد
وكذا العقد الذي يستحق به تكثر المنافع فيمكن فيه شبهة الخبث فرق
بين هذا وبين مسألة ذكرها في المأذون وهو ان المأذون اذا دفع الى
رجل بذرا ليزرعه على ان الخارج بينهما فالمزارعة فاسدة والخارج
كله للزارع وعليه مثل البذر الذي اخذه من العبد المأذون وانما اختلف
الجواب

للاختلاف يصح المسئلة فان في مسئلة المأذون الدفع لم يصح الى العامل لانه
يصير اقراضا للبذر والعبد المأذون لا يملك الاقراض اما هنا فهو يملك
الدفع وانما فسد العقد لفساد شرطه فافترقا فان قضينا في
المزارعة باجر المثل للعامل او لصاحب الارض هل يبلغ بالغا
ما بلغ قال محمد يبلغ بالغا ما بلغ وقال ابو يوسف لا كما روي على الشرط
والاختلاف فيهما بناء على الاختلاف في مسئلة الاحتطاب اذا اشتركا فيه
فقطع احدهما وجمع الثاني فالمجموع للجامع بالاتفاق وللآخر اجر
مثله وهل يبلغ بالغا ما بلغ قال محمد يبلغ وقال ابو يوسف لا يجاوز
على النصف فكان الاختلاف في مسئلتنا فرع الاختلاف في هذه المسئلة.
قوله وقد مر في الاجارات كلام موهم لان الخلاف بين ابي يوسف
ومحمد ذكر في الشركة الفاسدة في كتاب الشركة لا في كتاب الاجارات لان
الاجارة الفاسدة لا خلاف فيها بين علمائنا الثلاثة لان فساد الاجارة
اذا كان لعدم التسمية او لجهالة المسمى بان جعل الاجرة ثوبا او دابة
يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وان كان المسمى معلوما ولكن فسد لشرط
فاسد ونحوه يجب الاقل من اجر المثل والمسمى ولا يجاوز الاجر المسمى وقال
زفر يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وبه قال الشافعي وقد مر بيانه في كتاب
الاجارات لان الذي ذكر صاحب الهداية بعينه ذكره في كتاب الاجارة فقال
اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال
ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل
مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة ثم قال وهذا بخلاف
ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى
هناك غير معلوم فلم يصح الحط فعلم ان الاختلاف بين اصحابنا الثلاثة
في الاجارة الفاسدة **قوله** وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض
اجر مثل ارضه اي وان كان البذر من قبل العامل وقد مر بيانه
قوله ولا مثل لها اي لمنافع الارض فيجب رد قيمتها اي قيمة منافع
الارض **قوله** ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة
فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح وانما قال هو
الصحيح احترازا عن تاويل بعض المشايخ في قول محمد في الاصل لصاحب
الارض والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر حيث قالوا
المراد منه ان يجب اجر مثل الارض مكروبة اما البقر فلا يكون
له المسمى بعقد المزارعة والصحيح ما ذكره صاحب الهداية

لان البقر لا يجوز استئجارها بعقد الاجارة فكذا بعقد المزارعة فلما
فسدت يجب اجر المثل كذا في الشامل في قسم المبسوط ثم الخارج في هذا
الوجه لصاحب البذر ولصاحب الارض اجر مثل ارضه وبقره
لانه استوفى منفعتها بعقد فاسد ويأخذ المزارع من الزرع بذره ومؤنته
وما غرم من اجر الارض والبقر ويتصدق بالباقي لان الزرع نماء بذره في
الارض ويحصل بفعلها ونفذ العقد فاسدا على منفعة الارض
فكان كسبا خبيثا وقدر البذر والغرم له بعوض فيطيب له وقال الكرخي
في مختصره ولو ان صاحب الارض دفع الارض الى صاحب العمل على ان البذر
والعمل من عند العامل والارض والبقر من عند صاحب الارض على ان
الخارج بينهما فان هذا فاسد في قياس قول ابي يوسف ومحمد فان اخرجت
الارض زرعا كثيرا فجميع الزرع لصاحب البذر والعمل ولصاحب الارض
والبقر اجر مثل ارضه وبقره على صاحب البذر فيستوفي صاحب البذر
من ذلك ما بذر وما غرم ويتصدق بالفضل وان لم تخرج الارض
شيئا فعلى صاحب البذر اجر مثل البقر لان المزارعة فاسدة
ولا يجب لصاحب الارض شيء اذا لم تخرج لان صاحب الارض اجر ارضه اجارة
والارض اجارة فاسدة بنصف ما يخرج ولا يجوز اجارة البقر بشيء
مما يخرج الارض الى هنا لفظ الكرخي **قوله** فان له جميعه اي طاب له جميع
الارض جميع الخارج حتى لا يتصدق بشيء من ذلك **قوله** فاذا
عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه اي اذا عقدوا
لم يمض فيما فيه وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم
على العمل وذلك لان الذي من قبله البذر لا يتوصل الى الوفاء بالعقد
الا باتلاف ماله الذي هو البذر فلا يجبر عليه كمن استاجر رجلا ليهدم
داره وليس كذلك الذي ليس من جهته البذر لانه لا يتلف ماله بالوفاء بالعقد
فيلزمه كما في الاجارات الا ان يكون هناك عذر مما يفسخ به الاجارة
فيكون له فسخ المزارعة كذا في شرح الاقطع وقال الكرخي في مختصره اذا
تعاقد رجلان على زراعة ارض سنة ثم بدا لاحدهما ان يدع فقال
لا اريد ان ازرع هذه الارض لا غيرها او قال لا اريد ان ازرع بعينه
الارض واريد ان ازرع غيرها فانه ينظر في ذلك فان كان الممتنع
منه قبله البذر فله ذلك وان كان الممتنع ليس من قبله البذر
فليس له ان يمتنع من ذلك الا من عذر ولو كانت الاجارة للزراعة فمنعت
فاجبر على ما يخرج منها ثم اراد المستاجر ان يدع الزراعة ولا يزرع هذه الارض

ولا عندها يوكله له وان قال لا ازرع هذه الارض وازرع غيرها لم يكن
له ذلك ويقال له اقبض الارض فتكون في يدك فان شئت فازرعها وان
شئت لم تزرع فاذا تم السنة كان عليك ما سميت من الاجر وان امتنع
صاحب الارض بعد العقد بان قال اريد ان اوجر ارضي للمزارعة لم يكن له ذلك
ويجبر على تسليم الارض الا ان يكون له عذر في ذلك والعذر ان يكون على
رب الارض دين فادح لا يقدر على ادائه الا من ثمن هذه الارض
فله ان يبيعها فيه الى هنا لفظ الكرخي وقال في شرح الكافي ولا اعتبار
للدين الا وما يقابله عنده سوى بيع الارض لانه يتعذر حصول هذه الغرض
مع هذه الاعذار غالبا فلم يكن في بقاء العقد فائدة فكان له
حق النقض ثم قال فيه ولو دفع اليه نخلا معاملة بالنصف
ثم بدا للعامل ان يترك العمل او سافر فانه يجبر على العمل الا ان
يعرض له عذر في حقه لانه امكنه الاستعانة بغيره وكذا ان بدا لصاحب
النخل ان يعمل بنفسه ويمنع العامل لم يكن له ذلك لانه لا ضرر في حقه
لانه لا يعقد عليه شيئا من ماله فلم يتحقق العذر فامتنع الفسخ وقال
في باب العذر في المزارعة من شرح الكافي واذا دفع ارضه الى رجل مزارعة
بالنصف ليعمل فيها ببذره وبقره فلما تراضيا على هذا وانعقد
العقد بينهما اراد رب الارض ان يفسخ المزارعة لم يكن له ذلك الا بعذر
الدين لما بينا ان المزارعة تنعقد لازمة كالاجارة وثمة لا ينفسخ
الا بالعذر فكذلك ههنا وكذلك لو كان العامل كربها بعدما انعقد
العقد وحفر انهارها وسوى مسناتها ثم لم يكن له ان يفسخ العقد
الا بعذر الدين لان هذا العقد جوز للعذر فيفسخ للعذر فان
باعها في الدين لم يكن للعامل عليه اجر لانه قوم عمله والمنفعة
لشيء من الخارج ولم يخرج شيء فلا يستحق عليه شيئا كما لو زرع الارض
ولم ينبتها شيء فان لم يبعها حتى نبت زرعها ولم يستحصد
ثم اراد ان يأخذها ليبيعها في دينه الذي حبسه القاضي ولا ادناه
له عند تضمينها فانه لا يجبر على البيع ولا يخلى من البيع لانه تعلق بها
حق المزارع فلو اطلقنا البيع لفوتنا حقه اصلا ولو منعنا
البيع لاخرنا حق الغريم والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي
من السجن لانه ظهر عجزه عن البيع لكي لا يحول بينه وبين العمل
لانه ربما يغني نفسه عند امكان البيع فاذا ادرك الزرع كان له
الى

الى ان يبيع نصيبه من الزرع والارض ويوفي الغريم حقه لانه زال
المانع فظهرت القدرة فامرناه بالبيع فاما اذا القى البذر في الارض
ولم ينبت بعد فكان له ان يبيع الارض لانه بعد لم يتعلق بها حق المزارع
ويضمن له بذره على قول ابي يوسف وقال محمد يقوم الارض مبذورة
وغير مبذورة فيضمن ما زاد البذر فيها لانا نحتاج الى قطع حقه
عنه للحال ويجب القيمة للحال بان يحكم في الموضع الذي اشتغلوا ب
الارض عن الفسخ هل يحتاج الى القضاء فمن اصحابنا من قال
يحتاج الى القضاء ومنهم من قال يحتاج الى القضاء بناء على اصل وهو
انه يصير قابضا للارض بالتخلية ام بالزراعة فمن قال بانه يصير
قابضا بالتخلية قال يحتاج الى الفسخ لان اللزوم موجب الفسخ لانه
الا ممن له ولاية الالزام ومن قال انه لا يصير قابضا الا بالزراعة قال
لا يحتاج الى القضاء لان العقد قبل القبض ينفسخ بدون القضاء لانه ليس
بلازم ثم هل ينفسخ قصدا من اصحابنا من قال ينفسخ قصدا لقيام
دليل الفسخ ومنهم من قال لا ينفسخ قصدا لانه انما يصار الى الفسخ لاجل
الضرورة والضرورة ترتفع بالفسخ في ضمن البيع ولا بد لو سلطنا على الفسخ
قصدا ربما لا يتفق بيعها الا بعد زمان فيكون هذا نقضا
للعقد اللازم من غير فائدة وهذا عندنا نوكذا في شرح الكافي قوله
قيل هذا في الحكم اي الذي قلنا ان المزارع لا شيء له من اجل الكرب ونحوه
هو القضاء فاما ديانة فيما بينه وبين الله تعالى فيرضيه رب الارض
حتى لا يلزم الغرور قال مشايخنا هذا الجواب في الحكم اي الذي قاله محمد
في الاصل فاما فيما بينه وبين ربه فيفتى بانه يعطي العامل اجر مثله
لانه انما استعمله بالقيام بالعمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج فاذا
اخذ الارض بعدما اقام هذه الاعمال من كراب الارض وحفر الانهار ب
كان هو غارا للعامل فلحقه الضرر بالغرور والضرر مدفوع
فيفتى بان يطلب رضاه قوله وان مات احد المتعاقدين بطلت
المزارعة هذا لفظ القدوري في مختصره وذكر ان الاجارة عقد استئجار
بعض الخارج والاجارة تنفسخ بموت احد المتعاقدين عندنا خلافا للشافعي
فكذلك المزارعة هذا لفظ القدوري في مختصره وذكر ان الاجارة
عقد استئجار بعض الخارج والاجارة تنفسخ بموت احد المتعاقدين عندنا
خلافا للشافعي فكذلك المزارعة فتقدم الوجه في الاجارات وهو انه
لو بقي العقد لصار المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة
بالعقد

ط المزارعة

لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وهذا الذي ذكره قياس لا استحسان
والاولى الى ما ذكر في الشامل في قسم المبسوط دفع مزارعة ثلاث سنين
شبهة
فقبل الحصاد مات رب الارض في اول السنة لا تنفسخ المزارعة حتى
يستحصد استحسانا وفي القياس ينتقض لانه عقد كعقد الاجارة وذلك
في احد شيئين نحو السراية وجه الاستحسان هو ان ههنا ضرورة الى
ابقاء العقد فيبقى لاجلها اذا حصد ينفسخ في السنين بعده وعلى شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي شرح الكافي ولو دفع الارض اليه سنين
ثم مات رب الارض في اول سنة منها بعدما نبت الزرع لم يكن للورثة
اخذ الارض استحسانا حتى يستحصد الزرع وفي القياس يثبت لهم حق الفسخ
الاخذ لانه ينفسخ العقد بموت العاقد الا انا نبقيناه استحسانا لاجل العذر
وعقد الاجارة يجوز للعذر فلان يبقى للعذر كان اولى ولهذا قلنا بانه
لو استاجر سفينة فلما توسط لجة البحر انتقضت الاجارة فقدرنا
عقد اجارة مبتدأ باجر المثل لمكان العذر فلما جوزنا عقدا مبتدأ
لاجل العذر فلان يبقى لاجل العذر كان اولى فاذا ادرك الزرع اقتسما
على المزارع والورثة على الشرط وانفسخ العقد في السنين الباقية
ولو كان في سنة واحدة فاخر العامل الزرع حتى زرع في اخر السنة
فانقضت المدة والزرع بقل فالزرع بين العامل وبين رب الارض
نصفين لانه انفسخت مدة الاجارة ويكون العمل عليهما الى ان يدرك الزرع
ويكون لرب الارض على العامل اجر نصف ارضه وتنعقد اجارة مبتدأة
لمكان الحاجة وجاز مثل هذا كما ضربنا من المثال ولا يجبر العامل
على القلع لانه وقع في الابتدا بحق قال الكرخي في مختصره فان اراد
رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك وان اراد المزارع اخذ
الزرع بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه
قيمة حصته او انفق انت على الزرع كله وارجع بما تنفقه في حصته
وذلك لان المزارع اذا امتنع من العمل لا يجبر عليه لما مضى ان المدة
لان العقد قد انتهى فيبقى الزرع مشتركا بينهما فاما ان يتراضيا على
القسمة او يعطيه قيمته او ينفق عليه حتى لا يتلف ثم يرجع عليه
كما في العبد المشترك اذا امتنع احدهما من الانفاق وبذل الاخر
ذلك يقال استحصد الزرع واحصد يعني اذا جاز له ان يحصد قوله
فيحافظ فيها على القياس بالرفع اي يحافظ في السنة الثانية والثالثة
على وجه القياس حيث يبطل المزارعة فيهما كما في السنة الاولى فانه لا اشكال
المزارعة
فيما

فيها استحسانا ويترك الارض في يد العامل الى ان يستحصد الزرع
قوله لما بيّنّا اشارة الى قوله بعد هذا لان المنافع انما تتقوم بالعقد
الى اخره قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض
فاحتاج الى بيعها جاز ذكره تفريعا على مسألة القدوري وتقدم بيانه
اي جاز فسخ المزارعة والفادح الثقيل قوله ولو نبت الزرع ولم
يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع ذكره تفريعا
ايضا وتخلص [illegible] جميع ذلك قوله فان كانا اذا انقضت مدة المزارعة
والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى
ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما اي قال
القدوري في مختصره وفي بعض نسخ المختصر اجر مثل نصيبه من الزرع
وذلك خطأ فعلى الثاني من نصيبه وعلى الاول يتعلق باجر المثل قال
صاحب الهداية معناه حتى يستحصد اي معنى قوله والنفقة على الزرع
عليهما واراد بالنفقة مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار وانما كان على
المزارع اجر مثل الارض بقدر نصيبه لانه بعد انقضاء المدة
ينتفع بملك الغير بغير اذن وذلك لا يجوز وفي قلع نصيبه ضرر عليه
وفي تبقيته الزرع الى وقت الحصاد باجر المثل ابقاء الحقين حق
المزارع وحق رب الارض فكان اولى من الاضرار باحدهما كما في
الاجارة والعارية اذا انقضت المدة والزرع بقل فانه يجب اجر المثل
ويترك الزرع حتى يستحصد نظرا لهما بخلاف موت رب الارض فانه لا يجب اجر
المثل ويكون العمل على العامل لا عليهما لانا نبقينا العقد حكما وان كان
الموت اوجب فسخ العقد والعقد يوجب العمل على العامل كذلك ههنا
كما فيه فان العقد انتهى بانقضاء المدة فكان العمل بعد ذلك عملا
في مال مشترك فيكون عليهما وعلى هذا قالوا في الجمّال اذا مات في بعض
الطريق انه [illegible] الى مكة بالمسمى لانا نبقينا العقد حكما للعذر
كذا ههنا قوله فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو
متطوع ذكره تفريعا على مسألة المختصر يعني اذا انقضت مدة المزارعة
والزرع بقل فانما كان متطوعا لانه لا ولاية لاحدهما على صاحبه
فلا يرجع بالنفقة على صاحبه بخلاف ما اذا انفق بامر القاضي حيث
يرجع على صاحبه بقدر حصته لان للقاضي ولاية عامة قوله
ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك ذكره تفريعا
ايضا وهي مر ما في الاصل وذلك لان المزارع ليس متعديا في الزرع

وللمزارع نصيبه فيبقى الى ان يستحصد باجر المثل لان الناس احوا هو من
الا بذلك وان اراد المزارع ان ياخذه بقلا كان رب الارض بالخيار
الثلاث معناه اما ان يقلعه فيكون الزرع بينهما او يعطيه
قيمة حصته نابتا او ينفق على الزرع كله ويرجع بما انفق على حصته
في نصيبه وانما كان الخيار لرب الارض دون المزارع لانه صاحب الاصل
وانما كان يبقى العقد نظرا للمزارع فلما اراد القلع ترك النظر لنفسه
فلا يجبر على العمل لانقضاء مدة العقد فيندفع الضرر عن رب الارض
بما ذكرنا من الخيارات فيتخير **قوله** ولو مات المزارع بعد نبات
الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم
ذلك ذكره تفريعا على مسئلة المختصر ايضا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في
مختصره واذا دفع الرجل الى الرجل ارضا على ان يزرعها ببذره وبقره
فما اخرج الله من شيء فهو بينهما نصفان فزرع الارض فلما نبت قبل
ان يستحصد مات المزارع فقال ورثته نحن نعملها على حالها حتى
يستحصد الزرع وابى ذلك رب الارض فالامر في ذلك الى ورثة المزارع
يعملونها فما اخرج الله فهو بينهم على ما اشترطا في اصل المزارعة
ولا اجر عليهم في الارض ان عملوها بقضاء قاض او بغير قضاء قاض
وان اراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل وقيل لصاحب
الارض اقلعه فيكون بينك وبينهم نصفين او اعطهم قيمة حصتهم
ويكون الزرع كله لك او انفق على حصتهم ويكون نفقتك في حصتهم
الى هنا لفظ الكرخي وانما كان الامر الى ورثة المزارع لانه لا ضرر في ذلك
على رب الارض وانما لم يجبروا على العمل اذا ارادوا القلع لانهم لو اعطوا
حقهم والابقاء كان لحقهم **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ترك النظر لنفسه
يعني ان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر للورثة وقد تركوا النظر
لانفسهم فلا يجبرون على العمل اذا امتنعوا **قوله** وما بعد ذلك من اجرة
الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في
المزارعة على العامل فسدت اي قال القدوري في مختصره يعني ان
النفقة عليهما نصفان اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان
اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما قال صاحب الهداية
الحكم الذي ذكره القدوري ليس بخاص بهذه الصورة بل هو عام في جميع
المزارعة يعني ان الحصاد واخواته في جميع المزارعات عليهما
فاذا شرطت على احدهما فسدت المزارعة والحصاد بفتح الحاء وكسرها والرفاع

بفتح

بفتح الراء وكسرها لغة وهو ان يرفع الزرع الى البيدر والدياس مصدر
داس الكدس بدوسه دوسا ودياسا ودياسة والدياس هو ان يوطأ الطعام
بالاظلاف البقر وتكرر عليه وحاصل الكلام هنا على ثلاثة اوجه ذكر
الكرخي في مختصره ما كان قبل بلوغ الزرع مما يصلح به الزرع فهو
على العامل وما كان بعد تناهي الزرع فهو عليهما وما كان بعد القسمة
فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة دون صاحبه الى هنا
لفظ الكرخي وذلك لان كل ما يحتاج اليه الزرع قبل بلوغ الزرع مما
يصلح به فهو على العامل لان ذلك عمل المزارعة وهو معقود عليه
من جهة المزارع فيختص به وكل ما يحتاج اليه بعد تناهي الزرع فهو
عليهما لانه لم يبق على المزارع عمل لان الزرع مشترك والعمل فيه يكون عليهما
على قدر حصصهما فكذلك النفقة وما يحتاج اليه بعد القسمة فهو
على كل واحد منهما في نصيبه لان النصيب كل واحد منهما قد تميز فيكون
مؤنته عليه خاصة فان شرطاه على العامل فسدت يعني الحصاد
والدياس والرفاع والتذرية وهذا رواية الاصل وفي النوادر
المزارعة جائزة على قول ابي يوسف وعنه عن ابي يوسف اذا اشترط
على المزارع ان يحصده ويجمعه جاز وعنه كان محمد بن سلمة ونصير
بن يحيى يجيزان المزارعة بشرط الحصاد والا انهم اصطلحوا في زمانهما فاتفقوا
في ذلك قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ في المعاملة اعني بتعودها
هذا الشرط وفي نوادر ابن رستم قال لا اخذ بقول محمد في هذه المسئلة
وانما ناخذ بقول ابي يوسف والتنقية والحمل الى بيت رب المال تشرط
الحصاد وحده فما ... بلخ كذا في خلاصة الفتاوى ووجه قول ابي يوسف
ان التعارف قد حصل ان الحصاد والدياس على العامل فاستحسن جواز
شرطه لعرف الناس كما في الاستصناع ووجه رواية الاصل ان عقد
المزارعة ينعقد على عمل المزارعة الذي يحصل به النماء والزرع اذا
تم وتناهى لم يبق هناك عمل يقع به النماء والزرع مشترك والنفقة
في المال المشترك عليهما فاذا شرطاه على العامل فقد شرط عليه ما لا
يقتضيه العقد فيفسده قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
واذا شرط رب الارض على المزارع ما تبقى منفعته بعد المدة
فان ذلك يوجب فساد المزارعة كما اذا شرط على المزارع كري الانهار ورفع
المسنيات وبناء الحائط والكراب ونحو ذلك مما تبقى منفعته بعد المدة
وما لا تبقى ... شرط الكراب لا تفسد المزارعة لانه ... ذلك

كله يبقى ما حدث ولا يشكل صنعته الى ما بعد الحصاد ولو بقي للاوساد
ولو اشترط عليه ما يحتاج اليه من السقي والحفظ وغيرهما فان ذكر في اشكال
المزارعة وكذلك كل ما يحتاج اليه في حد النماء قبل ان يبلغ الى الحصاد
ولو شرط عليه من التحصيل بعد الادراك وبعد ما خرج من حد النماء
نحو الحصاد والتذرية وقطف العنب وجذاذ التمر ونحوه فان ذكر
عليهما جميعا فاذا اشترط على المزارع فسدت وروي عن ابي يوسف انه
لا يفسد لتعامل الناس كذا في شرح الطحاوي قوله وما كان بعد
القسمة فهو عليهما لغلط من توهم ان ما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما
في نصيبه خاصة لا عليهما على ما روينا من مختصر الكرخي وذلك كالحمل
والطحن قوله ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز
بالاجماع لعدم العرف فيه ذكره نص عليه في مسئلة العيون قوله
ولو اراد جداد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما
ذكره بعد بيعه ايضا قال الكرخي في مختصره فان بلغ الزرع حتى صار
قصيلا فاجمعا على ان يقصلاه ويبيعاه قصيلا فان حصل القصيل
وبيعه عليهما على قدر ما لكل واحد منهما في الزرع وان كان البذر
من قبله فهو سواء في جميع ما ذكرنا وكذلك الرجل يأخذ النخل معاملة
فما كان قبل ان يصير الثمرة تمرا فهو على العامل وما كان بعد ذلك
فهو عليهما على قدر ما لكل واحد منهما في الثمرة وهذا والمزارعة سواء
في جميع ما شرحناه في ذلك الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانهما اسقطا
ما بقي من العمل وجعلا هذا تناهيه وكذلك في المعاملة والقصيل
اسم لكل زرع بعد النبات يقبل الادراك والله اعلم وعندنا لو شرط
في المزارعة عملهما جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر ان كان من قبل
العامل فهو مستأجر للارض فاذا شرط عمل صاحبه لم يسلم ما آجر
وذلك يمنع صحة الاجارة واذا كان البذر من قبل رب الارض واشترط
عمله فلم يخل بين المزارع والارض ومن شرط المزارعة التخلية
وصارا كالمضاربة اذا شرط فيها عمل رب المال لانها تفسد فكذلك
المزارعة كذا في شرح الاقطع

كتاب المساقاة

بلفظ المعاملة

كان من حق الوضع ان يكون كتاب المساقاة قبل كتاب المزارعة
لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على
المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة
البلاد كانت الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة

ولان

ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها أمس
فقدمت ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة قوله قال ابو جعفر
المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة
وسمى من الثمر جزءا مشاعا هذا لفظ القدوري في مختصره وقال في
كون المعاملة ولا تكون المزارعة الا تبعا للمعاملة ثم المعاملة
تكون في النخل والكروم عنده في الجديد وفي القديم تكون في كل شجر لها ثمر
وجه قولهما معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل خيبر على
شطر ما يخرج منها من زرع او تمر ولنا نهي رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن المخابرة قال ابن الاعرابي هي مشتقة من خيبر لان رسول الله
صلى الله عليه وسلم عامل باهل خيبر ثم صارت لغة مستعملة في معاملة
رسول الله صلى الله عليه وسلم تشمل المساقاة والمزارعة جميعا ولان المعاملة
استئجار ببعض ما يخرج وذلك مجهول او معدوم فلا يجوز كقفيز الطحان
في المزارعة واذا ثبت من اصل ابي يوسف ومحمد جوازها لم يصح الا
على مدة معلومة كسائر الاجارات فلو دفع الى رجل نخلا ولم
يذكر مدة معلومة كان على اول ثمرة تخرج من اول سنة استحسانا
لان العقد يقع على العمل الثمرة ولكل ثمرة وقت معلوم يتدرك
فيه وينتهي فالثمرة الاولى متيقن دخولها في العقد فجاز صرف العقد
وما بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد فيه واما قوله وسمى
جزءا من الثمرة مشاعا فلانها عقد شركة في انتهائها فاذا لم يكن
المسمى جزءا مشاعا ربما يفضي الى قطع الشركة فلا يجوز كما في المزارعة
قال في شرح الطحاوي المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة اهل
المدينة لغات يختصون بها ويقولون للمزارعة مخابرة وللاجارة
بيعا وللمضاربة مقارضة وللصلوة سجدة ثم ما ينبغي له
ان يشترط العمل على صاحب الكرم فاذا اشترط فسدت المعاملة لان
التخلية لم توجد ولو شرط شيئا على العامل مما لا تبقى منفعته
وراء المدة فانه يجوز نحو ان يشترط تلقيح النخل والابار وسقي
الكروم والاشجار واصلاح الكروم وكل ما يحتاج اليه الكرم فانه يجوز
فاما اذا كان شيئا تبقى منفعته فيما وراء المدة فانه لا يجوز نحو
الغرس والسرقين ونصب العرائش وتعليق [illegible] وغرس
الاشجار وما اشبه ذلك فان المعاملة فاسدة وكذا لو اشترط
قطع العنب على العامل فانه تفسد المعاملة فاذا ... المعاملة

فالخارج كله لصاحب الكرم ويجب عليه للعامل اجر المثل قوله ولو ادرك
البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان لها نهاية
معلومة فلا يشترط بيان المدة والبذر ما يبذر من البزور لرأس
بزر البقل وغيره كذا في الديوان ويدعى بخم سماعنا هنا في هذا الموضع
ما ذكر الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي حيث لو دفع
اليه رطبة في ارض قد صارت اخراجا يعني خرج ما فيها من
ورق عليه ولم تنته الى ان تجز فدفعها اليه معاملة
على ان يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتا معلوما فهذا
فاسد لانه ليس لنباتها وقت معلوم لانها تجز مرة بعد اخرى
حتى لو كان للرطبة غاية جاز ولو دفع اليه رطبة قد انتهى جزازها
على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بزرها على ان ما رزق الله
من شيء فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز على ما اشترطا
لان البذر من الرطبة ينزل بمنزلة الثمرة من الشجرة لانه ينقطع حينئذ
كما لو دفع الاشجار معاملة على ان الثمر بينهما نصفان وهو جائز
كذلك هنا والرطبة لصاحبها لانها لم تحدث بعمله ولم تزدد
به قوله بخلاف الزرع يتعلق بقوله وفي الاستحسان اذا
لم يبين المدة يجوز يعني ذلك بخلاف المزارعة فانها لا تجوز بلا بيان
المدة قياسا واستحسانا لان الزرع ليس له نهاية معلومة يتفاوت
في ابتدائه فيتفاحش الجهالة فلا بد من تعيينها ببيان المدة
وهذا لانه ان تقدم في القاء البذر يتقدم حصاده وان اخر تأخر
فيفضي الى المنازعة بينهما ولم يذكر دفع النخل والكرم والشجر معاملة
بالنصف من غير بيان المدة لان مدة خروج ثمره مما يدركه
لا يختلف الا يسيرا ويدخل تحته المنازعة قوله وبخلاف
ما اذا دفع غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز
الا ببيان المدة يتعلق بقوله وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز
عطفا على قوله بخلاف الزرع يعني اذا دفع الرجل الى الرجل غرسا
شجرا او كرما او نخلا قد علق على ان يقوم عليه ويسقيه ويلقحه
فما اخرج الله من ذلك من الغرس والثمر فهو بينهما نصفان
فهذه معاملة فاسدة الا ان يسمي سنين معلومة لما بينا انه ليس
لتناهيها وقت معلوم فان بين جاز كذا في شرح الكافي وهذا لانه
لا يدري متى يحمل الشجر وبعد ما حمل الاشجار في الحمل بحسب قوة الارض

وضعفها

وقطعها للعلاء لابد من بيان المدة قوله ولم يبلغ الثمر اي لم يبلغ
الغرس الثمر قوله وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة
هذا ايضا يتعلق بقوله وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة
يجوز عطفا على قوله بخلاف الزرع ايضا معناه ما قال في شرح
الكافي ولو دفع اليه اصول رطبة على ان يقوم عليها ويسقيها
حتى يذهب اصولها وينقطع نبتها فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان
فهذا فاسد وكذلك النخل والشجر لانه ليس لزمان انقطاعه وذهاب
اصوله وقت معلوم فكانت المدة مجهولة كذا في شرح الكافي
اما اذا دفع النخيل او اصول الرطبة معاملة على ان يقوم عليها
مطلقا ولم يقل الى ان يذهب اصولها وينقطع نبتها فقد ذكرنا انه جائز
وان لم يبين المدة استحسانا اذا كان للرطبة جزة معلومة يقع على
اول جزة وفي النخيل يقع على اول ثمرة تخرج واذا لم يكن للرطبة جزة
معلومة فلا تجوز بلا بيان المدة قوله او الطلوع الرطبة يعني
اذا لم يبين المدة يفسد المعاملة وتاويله اذا لم يكن للرطبة
جزة معلومة واذا كانت معلومة جازت قوله ولو شرط
تسمية الجزء مشاعا يتعلق بقوله سمى جزءا من الثمرة مشاعا
قوله وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها
فسدت المعاملة ذكره تفريعا على مسئلة المختصر وهي من مسائل
الاصل قال في شرح الكافي ولو دفع اليه نخلا او كرما او شجرا معاملة
اشهرا معلومة يعلم انها لا تخرج ثمره في تلك المدة فهذا فاسد
لان المقصود الشركة في الخارج وفي هذه المدة لا يتحقق
الشركة في الخارج فتفوت مقصود العقد قطعا اذا شرطا وقتا
يبلغ فيه فهو جائز لحصول المقصود وان تأخر عن تلك المدة
كان للعامل اجر مثله ان لم يكن تأخره من ذهاب في تلك السنة
لانه تبين ان المدة المضروبة لا توصل الى المقصود فصار
كانه لم يبين مدة فتفسد وان كان ذهابه في تلك السنة فهذه
معاملة جائزة ولا شيء له لانه لم يتحقق المقصود بآفة سماوية
وان كان يخرج في تلك السنة ولم يخل الا انه انقضى الوقت الذي
وقته قبل ان يطلع الثمر فللعامل اجر مثله فيما عمل وهذا
لمعرفة الوقت الذي يعلم انه ينقضي قبل ان يخرج الثمر لان العقد
انما ينعقد ليحقق الشركة لكنه ذكر مدة لا يحصل فيها فصار كما لو لم يذكر
المدة

فوجب اجر المثل قوله قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر
والكرم والرطاب واصول الباذنجان اي قال القدوري في مختصره
وقال في شرح الطحاوي ثم اسم المعاملة تقع على جميع الاعيان
والاشجار المثمرة وينبغي ان يشترط المدة ويشترط له حصة معلومة
نحو الربع والخمس وما اشبه ذلك ولو استثنى سبيل الثمر فانه
لا تجوز المعاملة وقال في تحفة الفقهاء اذا دفع الاصل ليقوم عليه
الرطاب او دفع بزرها او دفع ارضا فيها اصول رطبة ثابتة
ولم تسم المدة ان كان شيئا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جزه وقت
معلوم لا يجوز واما اذا كان وقت جزه معلوما فانه يجوز ويقع
على جزة واحدة كما في الشجر المثمر اذا دفع اليه النخل وفيها طلع
او بسر اخضر او احمر فانه يجوز وان لم يبين الوقت لان وقت
ادراكه معلوم ولو دفع بعد ما تناهى عظمه لكن لم يصر
رطبا بعد لا يجوز لانه لم يبق للعامل عمل يحصل به النمو وكذا
الجواب في دفع الزرع مزارعة ان كان بقلا لم يستحصد جاز وان
استحصد لا يجوز [illegible] مع كون المعاملة في النخل والكرم
في المجرد [illegible] القديم يجوز في كل شجر له ثمر لان المعاملة
ثبتت بخلاف القياس بحديث خيبر وما ثبت بخلاف القياس يقتصر
على مورد النص وهو النخل والكرم فلا يجوز فيما سوى ذلك ولنا
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على شطر ما يخرج
منها من شجر او نخل والشجر اسم عام لجميع ما له ساق فيجوز في
الباذنجان والرطبة لانها من الاشجار قوله ولو كان كما زعم
من الاصل في النصوص ان تكون معلولة فلو كان الامر كما زعم
الشافعي بان يكون الاثر خص النخل والكرم يكون الاصل في
النصوص التعليل وانما جوزت المعاملة في النخل والكرم بعلة
الحاجة والعلة عامة في غيرها فيجوز في الرطاب والباذنجان
لوجود الحاجة فيها قوله بناء على اصله هذا خلاف كلام اهل
اللغة وكلامهم لانهما يتداعى في موضع ويندرج في كتاب
الزكوة في باب من يجوز دفع الصدقة اليه والاصل على اصله
لان الشافعي يقول بالتعليل اكثر منا لانه يقول بالعلة القاصرة
ويقول بالنقدين يستخرجه الربا في القليل والكثير كالحفنة
والحفنتين وعندنا لا يشتمل العلل قوله ولنا ان حديث الكرم

ان يخرج العامل من غير عذر ذكره تفريعا على مسئلة المختصر
وذكر ان العقد لازم لا يصح فسخه الا بعذر والعذر لصاحب
النخل ان يكون عليه دين لا وفاء عنده الا ببيع النخل او سرقة
العامل او عجز العامل والعذر للعامل ان يمرض مرضا يقعده
عن العمل وقال في شرح الكافي فان لحقه الدين بعد خروج الثمر لم
يكن له البيع لما فيه من ابطال حق العامل حتى يدرك الثمار
ثم يبيع النخل وحصته من الثمر ويوفي الدين كما ذكرنا في المزارعة قوله
على ما قدمناه اشارة الى ما قال في كتاب المزارعة واذا عقدت
المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه قوله
فان كان دفع اليه نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر تزيد بالعمل جاز وان
كان قد انتهت لم يجز اي قال القدوري في مختصره وذكر ان العامل
يستحق بعض الخارج بعمله فاذا كان لعمله تاثير في النمو والزيادة
جاز العقد كما يجوز قبل وجود الثمرة واذا انتهت هذه الثمرة لا تكون
لعمله تاثير فيفسد العقد قال الاسبيجابي في شرح الكرخي في مختصره
واذا دفع الرجل الى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف
فهو جائز وان لم يسميا شيئا فهو على المعاملة حتى يبلغ فاذا
بلغ فهو بينهما نصفان وكذلك لو دفعه اليه وقد صار بسرا
اخضر وكذلك لو دفعه اليه وقد صار احمر لانه لم تتناه عظمه
فهذه معاملة جائزة وهو بينهما نصفان فان دفعه وقد انتهى عظمه
ولم يزد على ذلك قليلا ولا كثيرا الا انه لم يرطب فالمعاملة فاسدة
فان قام عليه وحفظه حتى صار تمرا فجميع الثمر لصاحب النخل
وللعامل اجر مثله فيما عمل وكذلك العنب وجميع الفاكهة في
الاشجار يدفعها وهي كما وصفتك من ثمر النخل قال ابو الحسن وكذلك
الزرع ما لم يبلغ الاستحصاد فاذا استحصد لم يجز ان يدفع الى
من يقوم عليه بحصته والجواب فيه مثل الاول الى هنا لفظ الكرخي قوله
قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله اي قال القدوري
في مختصره وذلك لانها استئجار ببعض الخارج والاجارة اذا فسدت
يجب فيها اجر المثل لا المسمى فكذا المساقاة اذا فسدت
قوله قال وتبطل المساقاة بالموت اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان المساقاة اجارة فتبطل كالاجارة بموت احد العاقدين
تبطل المساقاة قوله فان مات رب الارض والخارج بسر

فللعامل ان يقوم عليه الى اخره ذكره تفريعا على مسئلة المختصر وهي
من مسائل الاصل قال في باب العذر في المعاملة في شرح الكافي واذا دفع
الرجل الى الرجل نخلا معاملة فما اخرج الله تعالى منه من شيء فهو بينهما
نصفان فقام عليه ولقحه حتى اذا صارت اخضر مات صاحب الارض
انتقضت المعاملة وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل
نصفين في القياس لان الاجارة تنتقض بموت احد العاقدين على ما عرف
لكني استحسن ان اقيم ورثة صاحب الارض مقامه ويبقى العقد لاجل
الحاجة ثم قال فان قال العامل انا اخذ نصف البسر فالورثة بالخيار
ان شاؤوا صرموا البسر واقتسموه وان شاؤوا اعطوه نصف قيمة البسر
وان شاؤوا انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة
العامل من الثمر وقد مر الوجه فيه في المزارعة ولو كان مات العامل
فلورثته ان يقوموا عليه وان كره صاحب الارض لان الوارث قائم
مقام المورث والمورث لو كان حيا كان الخيار اليه في الابقاء كذا ههنا ولو
ماتا جميعا كان الخيار الى ورثة العامل لما بينا فان ابى ورثة العامل
ان يقوموا عليه كان لوارث رب الارض خيارات ثلاث على ما وصفنا قوله
ولو التزم العامل الضرر بان قال انا اخذ نصف البسر قوله وقد بينا
نظيره في المزارعة اشارة الى ما ذكر عند قوله وان اراد المزارع ان ياخذه
بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة
نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته قوله
لان فيه النظر من الجانبين اي من جانب رب الارض ومن جانب ورثة العامل
لان فيه تحصيل مقصودهم وتوفير حقوقهم قوله وهذا خلافة
في حق مالي اي الخيار الثابت لورثة العامل انما قال جوابا لسؤال مقدر
بان يقال خيار الشرط لا يورث عندكم لانه عرض لا يبقى بعد الفعل فكيف
يثبت هذا الخيار لهم فقال هذا ليس من باب توريث الخيار بل هو
خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى ان تدرك قوله
واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر
فهذا بالاول سواء ذكره تفريعا على مسئلة المختصر ايضا قال
في شرح الكافي ولو لم يموتا ولكن انقضت مدة المعاملة والبسر
اخضر فهذا والاول سواء والخيار فيه الى العامل فان شاء عمل كما كان يعمل
وان ابى خير الاخر بين خيارات ثلاثة على ما بينا ويفترق بين المزارعة و
المعاملة من وجه واحد وهو انه متى انقضت مدة المزارعة كان للعامل

ان

ان يقوم على الزرع حتى يستحصد وعليه نصف اجر مثل الارض
وفي المعاملة لا اجر عليه لانا لو اوجبنا الاجر ههنا لاوجبناه في
مقابلة منفعة النخيل ابتداء ومنافع النخيل غير متقومة
بدليل انه لا يصح ايراد العقد عليها ابتداء بخلاف منفعة الارض
كذا في فتاوى ولو لم تنقض المعاملة ولكن لحق رب الارض دين فادح
لا يبيع النخيل وفي النخيل بسر او طلع لم يبلغ لم يؤمر بالبيع حتى يبلغ
الثمر وتنقضي المعاملة كما ذكرناه في المزارعة ولو انقضت المدة
ومات صاحب النخل ولحقه دين لا وفاء عنده الا ببيع النخيل فان كان
ثمر النخيل قد سقاها العامل وقام عليها كان له ان يبيعها لانه لم
يتعلق حق صاحب العمل بها وحقه متعلق بالخارج ولا خارج ولو
استحقت الارض وما فيها من النخيل بعد ما عمل فيها حتى اخرج البسر
كان النخل والخارج للمستحق ورجع العامل على الدافع باجر مثل عمله
وفرق بين هذا وبين المزارعة فان المستحق اذا وجد على الارض كان
الخارج بينهما لانه يقبل الفصل عنه بخلاف استحقاق الشجرة
لانه لا يقبل الفصل عن استحقاق الثمرة لانه متولدة عنها فافترقا
ويجب اجر المثل لانه استوفى البدل فيبطل الى اجر المثل كذا في شرح
الكافي قوله وفي المزارعة في هذا عليهما اي العمل في المزارعة
فيما اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك يجب عليهما جميعا على رب الارض
والعامل لان العمل عليهما بقدر ملكيهما في الزرع لان رب الارض لما
استوجب اجر مثل الارض على العامل لم يتوجه عليه العمل في نصيبه
بعد انقضاء المدة وههنا في صورة المعاملة لا يستوجب صاحب
النخل بعد انقضاء المدة اجر مثل النخيل على العامل كما كان لا يستوجب
قبل انقضاء المدة لانه لا يجوز اجارة النخيل الى ان يدرك الثمر فكان
كل العمل على العامل الى حين الادراك والمعاملة في ذلك القز وورق
التوت ذكرناها في باب البيع الفاسد قوله قال وتفسخ بالاعذار
كما في الاجارة اي وتفسخ المساقاة بالاعذار والاعذار ثلاثة
ذكرت في المزارعة عند قوله واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل وذلك لان المساقاة فيها معنى الاجارة وجواز الاجارة
للعذر والحاجة فاذا جازت للحاجة فلان تفسخ بالعذر اولى ثم هل
ينفرد صاحب العذر بالفسخ ام يحتاج الى قضاء القاضي فيه
روايتان ذكرناهما في المزارعة وقد مر بيانهما مستقصى في كتاب الاجارات

في باب فسخ الاجارة ايضا قوله لما بينا في الاجارات اشارة الى الدليل
الذي ذكره في باب فسخ الاجارة بقوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة
وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض
في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجزه عن المضي في
موجبه الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر وهو هنا
قوله سرقة السعف وهو غصن النخل منه قول بعضهم
لو ان الغراب الزنث في كل صيده وما صادت الغربان في سعف النخل
قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان
ذكره تفريعا على مسئلة المختصر اعلم ان المعاملة لازمة من الجانبين
ليس لاحدهما ان يفسخها الا من عذر وليس للعامل ان يمتنع من العمل الا من
عذر وهو المذكور في سائر الكتب وتقدم ذكره في اول المزارعة قال
صاحب الهداية فيه روايتان في رواية لا يكون ترك العمل عذرا ويجبر
على ذلك لان العقد لازم فلا يفسخ الا من عذر وقيل يكون عذرا
تاويله ان شرط عليه العمل بنفسه فاذا ترك العمل كان عذرا اما
اذا دفع النخيل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه فعليه ان يعمل
غيره في العمل فلا يكون تركه للعمل عذرا في فسخ المعاملة ولما بطل
قوله ومن دفع ارضا بيضا الى رجل سنين معلومة يغرس فيها
شجرا على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك
لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله اي في الارض
ذكر هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وهي من مسائل الاصل قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه واذا دفع
الرجل الى الرجل ارضا بيضا سنين مسماة على ان يغرس فيها نخلا وكرما وشجرا
على ان ما اخرج الله تعالى من ذلك من نخل او شجر او كرم او ثمر كان بينهما نصفين
وعلى ان الارض بينهما نصفان فهذا كله فاسد فان قبضها وغرسها
فاخرجت ثمرا فجميع الغرس والثمر لرب الارض وللغارس
قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل من اصحابنا من قال انه صار
بايعا نصف ارضه بنصف غرسه وان جمع ذلك مجهول الا انه
لما غرسه في ارضه بغير ملكه لانه لبقع بالغرس فصار الى صاحب
الارض فكان له ان يقلعه الا انا لو امرناه بالقلع لادى الى القلوص
الاضرار بصاحب الارض فاوجبنا قيمة الغرس الا ان هذا ضعيف
لانه ذكر الزرع بعد هذا وجعل الحكم فيه كالحكم في الغرس والاولى الى الطرد

والوجه

والوجه ما ذهب اليه الحاكم في الاجارات وهو انا جعلنا الغرس
بمنزلة الالات فصار كانه استاجره ليعمل في ارضه بالالة على ان
يكون نصف الارض المغروسة عوضا عن عمله وهذا فاسد لجهالة
اجر مثل العمل في قيمة الالات فصار كما لو دفع ثوبا الى صباغ
يصبغه بالنصف وجبت له قيمة صبغه واجر عمله كذلك ههنا
وكذلك لو لم يشترط له من الارض شيئا ولكن قال له على ان لك علي مائة
درهم او شرط عليه كر حنطة او شرط له نصف ارض اخرى معروفة
وكذلك هذا في الزرع والوجه فيه ما ذكر في الاشجار وكذلك لو كان
الغرس من عند رب الارض واشترطا ان ما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان
وعلى ان للعامل على رب الارض مائة درهم لا يثبت له شركة في الخارج
ويسمى له اجرا معينا وحتى قابلنا عمله بالدراهم لم يبق له شيء فتثبت
الشركة فيصح هذا اجارة ومزارعة فيكون ادخال صفقة في صفقة
فيفسد به العقد ويكون الخارج كله لرب الارض وللعامل اجر
مثله واشتراط الدراهم باطل لانه لما فسد العقد صار الى اجر المثل
اذا العقد متحد كذا في شرح الكافي قوله وتعذر رد الغراس
لاتصالها بالارض والغراس بكسر الغين المعجمة فسيل النخل
وانما انث الضمير الراجع اليه على تاويل الاغراس قوله
لتقوم منافعه انث الضمير الراجع اليه على تاويل الاغراس
الى اجر المثل على تاويل الاجرة ومثل ذلك جائز كما في قوله سائل
بني اسد ما هذه الصوت على تاويل الصيحة قوله وفي تخريجها
طريق اخر بيناه في كفاية المنتهي اي وفي تخريج المسئلة طريق اخر
اشار به الى ما ذكره بعض اصحابنا في شروح الكافي وهو الذي
ذكرناه انفا وهذا اصحها اي الذي ذكرته في كتاب الهداية وهو
قولي في اشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله اصح
الطريقين وقد قال اصحابنا اذا دفع احد الشريكين النخل والشجر
الى شريكه معاملة لم يجز ولا اجر له ان عمل وما خرج من الثمرة
فهو بينهما لقيام ملكهما وكذلك لان المساقاة عقد اجارة واستيجار
احد الشريكين على العمل فيما هو شريك فيه لا يصح ولا يجب له اجر لان العمل
وقع لنفسه واذا لم يصح العقد كان الخارج بينهما على قدر الملكين
لانه نما من ملكهما

كتاب الذبائح

المناسبة بين كتاب
المزارعة وكتاب الذبائح ان كلا منهما اتلاف في الحال للانتفاع في
المآل

الا يرى ان الزراعة لا يكون الا بالقاء الحب في الارض للانتفاع بالزرع والنبات
فكذا الذبح لا يكون الا باتلاف الحيوان بازهاق روحه للانتفاع بلحمه
بعد ذلك والذبائح جمع ذبيحة وهي المذبوحة ثم اعلم ان الشيخ ابا الحسن
من مختصره الكرخي ذكر في اول كتاب الذبائح ما احل الله تعالى في كتابه بقوله تعالى
والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تاكلون وقال
جل وعز اولم يروا انا خلقنا لهم مما عملت ايدينا انعاما فهم لها
مالكون وذللناها لهم فمنها ركوبهم ومنها ياكلون وقال عز وجل
الله الذي جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تاكلون وقال تبارك اسمه
ومن الانعام حمولة وفرشا كلوا مما رزقكم الله ولا تتبعوا خطوات
الشيطان انه لكم عدو مبين فالحمولة الكبار منها والفراش
الصغار والانعام الابل والبقر والغنم ولا اعلم خلافا في ان اسم
الانعام واقع على ما سمينا وما عدا الانعام من البهائم الانسية
لا يجوز اكله فلا يجوز اكل الخيل ولا البغال ولا الحمير وهذا قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الا في لحوم الخيل فانهما اباحاه
هذا كله لفظ الكرخي في مختصره وقال الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه
الذبائح محظورة بالعقل لان الاشياء في الاصل عندنا على الاباحة
الا ما كان فيه ادخال ضرر على الحيوان والمحظور بالعقل على ضربين
منه ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته كقبح الظلم
ومنه ما هو محظور يجوز ان يرد الشرع باباحته وانما كان كذلك
لان الضرر اذا كان فيه نفع يوفي عليه حسن بالعقل الا ترى حسن
ان يحجم الاطفال ويداويهم بما فيه الم وذلك لما لهم في ذلك من
النفع ولا يعلم بالعقل ان للبهائم في ذبحها منفعة فلا يجوز ان
يقدم عليه فاذا اباح الشرع ذلك كشف لنا عن المنفعة التي
يحصل لها من العوض بعد فعله ولا يقال ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان ياكل لحم الحيوان قبل ان يبعث فلو كانت الاباحة بالشرع
لم يجز له ذلك لانا لا نعلم انه صلى الله عليه وسلم قبل بعثه ذبح
وانما اكل اللحم وليس حظر الذبح ما يوجب حظر اللحم لانه اذا ذكي
فالاكل لم يحصل فيه امر يكره في العقل ولو ثبت انه صلى الله
عليه وسلم ذبح لم يمتنع انه فعل ذلك على شريعة من كان قبله الى
هنا لفظ القدوري في شرحه وقد اعترض على هذا الكلام شمس الائمة
السرخسي رحمه الله تعالى وزعم بعض العراقيين من مشايخنا ان التذكية محظورة بالعقل

لما فيها

لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندي باطل وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه تناول ذبائح المشركين
لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعلم انه كان يذبح ويصطاد بنفسه
وجوابه يعلم من كلام القدوري ان شاء الله تعالى وانما يحل ان يتناول
من ذبائح المشركين قبل ورود ما قال شمس الائمة ... اباح الذبح
فالكلام بعد ذلك فيما يؤكل من الحيوان وما يحرم وجملة ذلك ان الحيوان (اهل الكتاب)
على ضربين منه ما له دم سائل ومنه ما لا دم له فما لا دم له
حرام اكله الا الجراد وما له دم على ضربين احدهما ما يعيش في الماء
والآخر ما لا يعيش في الماء فما يعيش في الماء محرم الا السمك خاصة
وما يعيش في البر على ضربين مستانس ومتوحش فالمستانس يحل
منه الانعام وهي الابل والبقر والغنم والدجاج وما سوى ذلك من
المستانس لا يؤكل الا الفرس فانه يكره عند ابي حنيفة ولا يكره عند
ابي يوسف ومحمد واما المتوحش فيحرم منه كل ذي مخلب وناب
ويحل ما سواه ويكره اكل الحشرات كلها وسيجيء بيان جميع ذلك في الكتاب
ان شاء الله تعالى **قوله** قال الذكاة شرط حل الذبيحة وهذا وقع
على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في اول المسالة كان يشير (صح)
به الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وهاهنا تقع الاشارة
الى احدهما وهذا لم يذكر في المبدا به وكان ينبغي ان لا يورد لفظ قال
او يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه والذكاة بمعنى
الذبح من ذكى الشاة تذكية اذا ذبحها ثم الذكاة شرط حل الذبيحة
لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل
لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما
اكل السبع الا ما ذكيتم وهذا لانها متى لم تذك كانت ميتة و
الميتة حرام بالنص فتكون الذكاة شرط الحل لانه يستثنى من الحرمة
الا ان السمك والجراد خرجا من عموم الآية بالسنة المشهورة
وهي قوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان ودمان اما
الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال واجماع الامة
يدل على هذا لان الاكل لا يحل الا بالذكاة بالاجماع ولكن الذكاة
هو القطع والجرح لا ان الذكاة لم يوجد وذلك الشيء ما يوجد الشيء
فاما شرط ونوع الذكاة ذكاة اربعة اشياء لا تجد حاجة بالاجماع
ابن رستم النخعي قال اذا خزق المعراض فكل واذا لم يخزق فلا تاكل

حشه يقال خزق المعراض بالزاء المعجمة اذا نفذ والراء المهملة تصحيف

نعلم ان الآلة اذا لم تجرح لا تحل والثاني ان يكون الذابح صاحب ملة
التوحيد وهو خلاف في الحل اما دعوى واعتقادا كالمسلم او
دعوى كالكتابي فانه يدعي انه صاحب ملة التوحيد بخلاف
المجوسي فانه ليس له ملة التوحيد لا دعوى ولا اعتقادا ولانه يقول
بصانعين احدهما خالق الخير والآخر خالق الشر فلا تحل ذبيحته والمحرم
لا تحل ذبيحته وكذا الحلال اذا كان في الحرم لا تحل ذكاته للصيد والثالث
ان يكون الذابح من المحللات اما من كل وجه كما لو كان الحيوان مأكولا او من وجه
عندنا بان كان مما يباح الانتفاع بجلده وان كان مما لا يحل اكله
والرابع التسمية وهي شرط عندنا خلافا للشافعي فان قلت الاجناس
تعتبر في حصول الذكاة اربع شرائط احدها صفة في الفاعل بان
يكون معتقدا لكتاب منزل في دين مختص عليه والثاني صفة في
الفعل وهو وجود ذكر اسم الله تعالى عليه في حق المذكى والثالث
صفة في الآلة بان تكون مما تقطع لها حدة والرابع صفة في
الموقع فيه وهو قطع الاوداج والاوداج اربعة الحلقوم والمرئ
والودجان الى هنا لفظ الاجناس وحكم الذكاة حل اكل المذبوح فيما
يؤكل وطهارة جلده ان كان مما لا يؤكل لحمه الا الآدمي والخنزير
فانه لا يلحقهما الذكاة وهذا لان حكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت
بالذكاة هذا ثم الذكاة نوعان ذكاة اختيار وذكاة اضطرار جرح
في اي محل كان وعند بعضهم جرح مدمي في اي محل كان ثم الاصل
في باب الذكاة هو الاول وان الثاني كالبدل عنه ولا يصار الى البدل الا
عند العجز عن الاصل وذكاة الاضطرار بمنزلة التيمم لا يصار اليه
الا عند العجز عن ذكاة الاختيار ويكون الذكاة مشروعا بقدر
الوسع والامكان ولان الذكاة شرعت لتخرج الدم المسفوح النجس
وانما تخرج الدم المسفوح بذكاة الاختيار فكانت اصلا وذكاة الاضطرار
بدلا ثم الآلة التي يحصل بها الذكاة نوعان جماد وحيوان والجماد
نوعان ما يعمل متصلا كالسكين والسيف ونحوهما وما يعمل منفصلا
كالسهم والمزراق والحيوان نوعان من جنس الطيور كالبازي و
الصقر والشاهين ومن جنس البهائم كالكلب والفهد وانما صلحت
هذه الحيوانات آلة بعد التعلم لان قبل التعلم اجتمع في هذه
الحيوانات ما يوجب ان تكون آلة وما يمنع فمن حيث انه لا عقل له وانه
قاطع جارح يصلح آلة كالسكين ومن حيث ان لهذه الحيوانات اختيارا

ثم نصلح

ثم نصلح آلة من حيث انه لا اختيار له كالسكين وما دام يثبت فيه ما
يوجب ان يكون آلة وما يمنع شرط الشرع التعلم حتى يترجح احد
الوجهين على الآخر فالحاصل ان هذه الحيوانات بعد التعلم كالسكين
فيقع عملها لصاحبها قوله وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة
وكان ينبغي ان يقول بها لان الضمير راجع الى الذكاة ولكن على
تاويل الذبح ذكره وذكر لان المنجس الدم المسفوح فيزول
بالذكاة فيحصل الطهارة بها الا الآدمي والخنزير فان الذكاة
لا تلحقهما قال الفقيه ابو الليث وذكر علي الحسن الكلبي انه
قال اذا صلى ومعه شيء من لحم السباع وقد ذبح جازت صلوته
ولو وقع في الماء لم ينجس الماء وكان الفقيه ابو جعفر يقول
هو نجس لا تجوز الصلوة معه ولو وقع في الماء يفسد الماء وهو موافق
لقول نصير وبه ناخذ هكذا ذكره في كتاب الصلوة من
كتاب النوازل في فصل ما يحل اكله وما لا يحل اكله وعند قوله
واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير
قوله فانها تنبي عنها اي فان الذكاة تنبي عن الطهارة قوله
ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها وعند ذكر لانه
من كلام محمد بن علي وهو محمد بن الحنفية لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم
وبه صرح في الفائق وقرره بقوله اي اذا يبست من رطوبة
النجاسة فذاك تطهيرها كما ان الذكاة تطهير الذبيحة
وتطيبها ثم قال وقيل الذكاة الحياة من ذكت النار اذا حييت
واشتعلت فكان الارض اذا نجست ماتت واذا طهرت حييت
الى هنا لفظ الفائق وقال في ديوان الادب في باب التفعيل
ذكى اي ذبح وذكى اي اسن وذكت النار اي دمغتها قوله
من اللبة واللحيين واللبة الصدر واللحيان الذقن
قوله اعمل هو افعل التفضيل اي الاول وهو الجرح
من اللبة واللحيين اعمل مما سواه في اخراج الدم فترك
من للعلم به كما في قوله تعالى يعلم السر واخفى قوله
فان ذبيحة المسلم والكتابي حلال اي قال العددي في
مختصره اعلم ان المسلم والكتابي سواء فيما يصح به الذكاة
ولا خلاف في جواز ذكاة المسلم واما ذكاة الكتابي فلقوله تعالى
الا ما ذكيتم وهو المراد بقوله لما تلونا وذكر الطحاوي عام

وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال في الصحيح البخاري
قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم وقال في الصحيح البخاري ايضا
وقال الزهري لا باس بذبيحة نصارى العرب فان سمعته يسمي
لغير الله فلا تاكل فان لم تسمعه فقد احل الله وعلم كفرهم ويذكر
عن علي نحوه الى هنا لفظ الصحيح ولا يجوز ان يحمل طعامهم على غير
الذبائح لانه لو كان كذلك لم يختص باهل الكتاب قال في شرح الطحاوي
وذبيحة اهل الكتاب انما تحل اذا اتى به مذبوحا وان ذبح بين
يديك فان سمى الله تعالى فلا باس وان سمى باسم المسيح فانه لا يوكل قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره فان كان الذابح كافرا من غير اهل
الكتاب لم يوكل ذبيحته كان مما يكان وما كان دينه ولاي شيء يعبد
الى هنا لفظ الكرخي وذلك لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
ومن ليس كتابي لا يذكر اسم الله تعالى ولان الاباحة وردت مختصة باهل
الكتاب فمن سواهم على اصل الحظر قال الكرخي في مختصره ويجوز ذبح
الصابئين عند ابي حنيفة وهم عنده اهل كتاب وهم فرقة من النصارى
عنده وقال ابو يوسف ومحمد الصابئون صنفان صنف منهم يقرؤون الزبور ويعبدون الملائكة
كاليهود والنصارى ولا يقرون بنبوة نبي ولا بشرع اخر ليس مثل النصارى علمه فهؤلاء
لا يوكل ذبائحهم وهو عندي هكذا ولم ار هذا التفصيل عن ابي حنيفة
ولا ان الحكاية عنه انهم اهل الكتاب الى هنا لفظ الكرخي قال
القدوري في شرحه وانما اجاب ابو حنيفة على من يوجد منهم يقرون بكتاب
ويعظمون الكواكب كتعظيم المسلم القبلة وهي جهة الامر على من يعظم
الكواكب تعظيم عبادة فلا يجوز اكل ذبيحته ثم قال القدوري بعد هذه فهو عابد
وثن ثم
الفرقة مشكلة لانهم لا يدينون بكتمان اعتقادهم فلا يعرف حالهم
فاما حمل ابي الحسن لقول ابي حنيفة على صابئ يومن بعيسى فهو ايضا
لا يعرف منهم وانما يومنون بادريس ويعظمونه دون غيره من الانبياء
وقالوا لقد ذكر في كتاب النكاح من تصنيفه المسمى بالتقريب وهذه
المسالة لا خلاف فيها في الحقيقة لان ابا حنيفة اجاب فيهم على طائفة
من النصارى يومن بالكتاب فهم كسائر اهل الكتاب وهما اجابا على من
يعبد الكواكب فصير كعابد الوثن وقال ابو بكر الرازي في شرح
مختصر الكرخي الطحاوي لا خلاف بينهم في الحقيقة في هذه المسالة
وذلك لان الصابئين طائفتان طائفة منهم يتخلون دين المسيح ويقرؤون بالانجيل
وهم في ناحية البطيحة من عمل واسط فهولاء في قولهم جميعا يوكل ذبائحهم

ويوقته اخرى من الصابئين قوم بحران وديار ربيعة لا ينتحلون
كتابا ولا نبيا ويعبدون الكواكب والاصنام فهولا اهل الاوثان
لا يوكل ذبائحهم ولا ينكح نساؤهم في قول اصحابنا جميعا وقال في الاصل
اذا كان الصبي يذبح ويسمي هل يوكل ذبيحته قال ان كان
يضبط ويعقل التسمية والذبيحة فلا باس به وان كان لا يعقل
ذلك فلا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وكذلك المجنون يذبح
في حال جنونه والسكران يذبح في حال سكره فهو مثل الصبي ان
كان يعقل المجنون او السكران التسمية والذبيحة حلت والا فلا
قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح المبسوط
يريد بقوله يضبط اي يضبط شرائط الذبح من فري الاوداج وغيره
ويعقل التسمية والذبيحة ان كان يعقل انه يباح بالتسمية ولا يباح
بغير التسمية وذلك لانه حتى امكنه ضبط شرائط الذبح ويعقل
التسمية كان هو والبالغ سواء والبالغ اذا سمى وذبح حل فكذا الصبي
وان كان لا يعقل التسمية فانه لا يحل ذبيحته لانه متى لم يعقل
التسمية لا يصح منه التسمية كما لا يصح منه الاسلام متى لم يعقل
ولا البيع اذا لم يعقل والتسمية شرط الاباحة فقال في كتاب التفريع
لاصحابنا ولكني لا اجود ذبيحة السكران ولا المجنون ثم قال في الاصل
وذبائح اهل الحرب واهل الكتاب لا باس بها وذلك لقوله تعالى
وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اذ لا تفصيل فيه بين الكتابي الحربي
والذمي وذلك لانهم يومنون بالكتاب وانما حربهم معصية منهم وذلك
لا يوثر في الذبح كمعصية المسلمين وقال الكرخي في مختصره ولا باس بذبائح
نصارى بني تغلب الغلاحين وغيرهم وذلك لانهم على دين النصارى
وان لم يتمسكوا بكل شرائعهم فصاروا كالنصارى الاصليين اذا
لم يتمسكوا ببعض الشرائع وقال في شرح الاقطع وقد قال علي
ان ذبائح بني تغلب وذبائح نصارى العرب لا توكل وجوزه الصحيح
لما ذكرنا والذبيحة بكسر الذال النوع من الذبح اراد بها القدرة على
الذبح قوله ويضبط القصد بما ذكرنا اي بما اذا كان يعقل
التسمية والوجه لا يعقل المجنون لا عقل له فكيف يعقل الا ان يقول
الا انه للمعتوه وهو الذي يجن تارة ويفيق اخرى ويعقل
المعتوه التسمية وكذا السكران يعقل قوله والاقلف
والمختون سواء اي في حل الذبيحة لما ذكرنا اشار به الى الاتي

ولا النكاح

وهو قوله تعالى إلا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم
لا يا لكتابي عام وإنما قيدنا بالاغلف احترازا عما روي عن ابن عباس أنه كان
يكره ذبيحته خلافا للعامة لأن ابن عباس كان يكره ذبيحة الأرغل
هو الأرغل الأغلف الذي لم يختتن وكذا الأغلف كذا في ديوان
الأدب وقال الكرخي في مختصره ولا بأس بذبيحة الأخرس المسلم
والكتابي وذلك لأنه من أهل الذكاة وعجزه عن التسمية لا يمنع صحة ذكاته
كما أن عجزه عن التكبير لا يمنع من صحة صلاته قوله قال ولا يؤكل
ذبيحة المجوسي أي قال القدوري في مختصره وذكر الطحاوي أصحابنا
في كتبهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال سنوا بالمجوس سنة أهل
الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم وقال أبو يوسف في كتاب
الخراج حدثني قيس بن الربيع عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد قال كتب رسول الله صلى الله
عليه وسلم إلى مجوس أهل هجر على أن يأخذ منهم الجزية غير مستحل مناكحة
نسائهم ولا أكل ذبائحهم وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى سعد في مجوس
السواد أن لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وذلك بحضرة الصحابة من غير
خلاف من أحد منهم عليه ولأن أحد شرائط الذكاة أن يكون الذابح ممن
له ملة التوحيد دعوى واعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي
والمجوسي ليس له ملة التوحيد فلم يوجد شرط الذكاة فلا تحل ذبيحته
قوله والمرتد أي قال القدوري في مختصره وهو بالجر عطفا
على المجوسي أو المحرم بالجر أيضا قال الكرخي في مختصره وكذلك المرتد
عن الإسلام لا تؤكل ذبيحته إلى أي دين ارتد وإن كان من أهل الكتاب الذين
ممن تؤكل ذبائحهم وإن ارتد الكافر الكتابي إلى دين غير دين أهل
الكتاب لم تؤكل ذبيحته وإن ارتد غير الكتابي إلى دين أهل الكتاب
أكلت ذبيحته فينظر إلى حاله ودينه في حال ذبحه دون ما سواه
إلى هنا لفظ الكرخي وذلك لأن المرتد عن الإسلام لا يقر على دينه
الذي انتقل إليه فصار كالوثني الذي لا دين له فلا تؤكل ذبيحته وكذلك
الكتابي كاليهودي أو النصراني إذا انتقل إلى دين غير أهل الكتاب
بأن تمجس لا تؤكل لأن المجوسي ليس له ملة التوحيد أصلا بخلاف
اليهودي إذا تنصر أو النصراني إذا تهود حيث تؤكل ذبيحته لأن
الذي انتقل إليه دين يقر عليه وكذلك لو تهود المجوسي أو تنصر
لأنه دين يقر عليه ولا يجبر بالعود إلى [illegible] فلما أقر على الوثني

وكذا لو تهود أو تنصر المجوسي [illegible]

اشتغل

اشتغل إليه صار كأنه من أهله في الأصل قوله أي لا يؤكل ذبيحة
الوثني وهو الذي يعبد الوثن لأنه ليس له ملة التوحيد والوثن
الصنم قوله والمحرم أراد به ذبيحة المحرم من الصيد
سواء كان المحرم في الحرم أو في الحل وكذا صيد الحرم لا يحل ذبحه حلالا
كان الذابح محرما أو حلالا وذلك لأن الذكاة فعل مشروع وذبح المحرم الصيد
ليس بمشروع وكذا ذبح الصيد في الحرم ليس بمشروع لحق الله تعالى فلم يكن
فلا يحل أما ذبح المحرم غير الصيد فمشروع وكذا ذبح الحلال غير
صيد الحرم مشروع أيضا فيقع فعلا ذكاة فيحل قوله قال
فإن ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها
ناسيا أكلت أي قال القدوري في مختصره قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره
التسمية على الذبيحة عندنا فرض لا تصح الذكاة مع تعمد تركه
وإن كان تركه على وجه النسيان صحت الذكاة وكذلك الكتابي
إذا ترك التسمية عامدا لم تؤكل ذبيحته وإن كان ناسيا أكلت وهو
في هذا بمنزلة المسلم إلى هنا لفظ الكرخي وقال القدوري في
شرحه لمختصره وقال الشافعي إذا ترك التسمية عمدا جاز الأكل وقال
مالك إذا تركها ناسيا لم تؤكل وهكذا ذكر القدوري مذهب مالك
وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع والتسمية شرط في
صحة الذبيحة فمن تركها عامدا لم تؤكل ذبيحته وإن تركها ناسيا
أكلت ذبيحته ويحتمل أن يكون عن مالك روايتان في النسيان وقال
الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل ومن ترك التسمية على صيد عامدا
أو ساهيا لم يؤكل وإن ترك التسمية على الذبيحة عامدا لم تؤكل وإن
تركها ساهيا أكلت وقال في تفسير سورة الأنعام من كتاب التيسير وداود
على حرمة متروك التسمية ناسيا وقال في الشوارد وفي قول أكثر
لا يؤكل إذا ترك التسمية عمدا أو ناسيا وقال القدوري في
شرح مختصر الكرخي وقد اختلفت الصحابة في النسيان فقال
علي وابن عباس إذا ترك التسمية ناسيا أكل وقال ابن عمر لا تؤكل
والخلاف في النسيان يدل على اتفاقهم في العمد ثم اعلم أن التسمية
شرط الحل مع الذكر وهو الذبح والتسمية من شرائط
الذبح وفي الصيد عند الرمي والإرسال والخلاف في ترك
التسمية في الصيد كالخلاف في الذبيحة فعندنا لا يحل خلافا
للشافعي له ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم المؤمن يذبح على اسم الله تعالى

سمى او لم يسم ولانه اذا ترك التسمية ناسيا حلت بالاتفاق فلو كان
التسمية شرطا لم تحل لان شرط الشيء ما يتوقف الشيء على وجوده ولا
يفترق (اى الامر) بين النسيان والعمد كما في الطهارة واستقبال القبلة وستر
العورة ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق وان
الشياطين ليوحون الى اوليائهم ليجادلوكم وان اطعتموهم انكم لمشركون
قوله وانه لفسق اى متروك التسمية عمدا حرام سماه فسقا لا ثبات وله
فسق اى خروج من الطاعة وان الشياطين ليوحون اى يوسوسون الشياطين
الى المشركين ليجادلوكم بقولهم تاكلون مما قتلتم ولا تاكلون مما قتله الله
وعن عكرمة ان الشياطين هم المجوس يلقنون المشركين ذكر في مجادلة
اهل الاسلام وان اطعتموهم اى ان اطعتم الكفار في استحلال
ما حرم الله انكم لمشركون مثلهم وجه الاستدلال ان الله تعالى نص
على تحريم متروك التسمية عمدا لانه تعالى نهى والنهي للتحريم بدلالة
السياق لانه قال في قوله تعالى وانه لفسق والى قوله وان اطعتموهم انكم
لمشركون ويدل عليه السنة ايضا وهو ما قال البخاري في الصحيح حدثنا
قتيبة بن سعيد قال حدثنا محمد بن فضيل عن بيان عن الشعبي عن عدي بن
حاتم قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت انا قوم نصيد بهذه
الكلاب فقال اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما امسكن
عليك وان قتلن الا ان يأكل الكلب فاني اخاف انما امسكه على
نفسه وان خالطها كلاب من غيرها فلا تاكل وروى البخاري ايضا عن
موسى بن اسمعيل عن ثابت بن زيد عن عاصم عن الشعبي عن عدي بن حاتم
عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك وسميت فامسك وقتل
فكل وان اكل فلا تاكل فانما امسك على نفسه واذا خالط كلابا
لم يذكر اسم الله عليها فامسكن وقتلن فلا تاكل فانك لا تدري ايها قتل
وروى البخاري عن آدم عن شعبة عن عبد الله بن ابي السفر عن عدي بن حاتم
قال قلت يا رسول الله اني ارسل كلبي واسمي فقال النبي صلى الله عليه وسلم
اذا ارسلت كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل فان اكل فلا تاكل فانما امسك
على نفسه قلت اني ارسل كلبي اجد معه كلبا آخر لا ادري ايهما
اخذه قال لا تاكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وروى
البخاري ايضا باسناده الى جندب بن سفيان البجلي قال ضحينا
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اضحاة ذات يوم فاذا اناس قد ذبحوا
ضحاياهم قبل الصلاة فلما انصرفوا راهم النبي صلى الله عليه وسلم

قد

قد ذبحوا قبل الصلاة فقال من ذبح قبل الصلاة فليذبح مكانها اخرى
ومن كان لم يذبح حتى صلينا فليذبح على اسم الله وهذه الاحاديث كلها
تدل على حرمة متروك التسمية عمدا الا ترى الى تصريح رسول الله صلى الله
عليه وسلم بقوله لا تاكله وانما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك
واجماع الصحابة يدل على صحة ما قلنا لانهم اختلفوا في حرمة
متروك التسمية ناسيا ولم يختلفوا في متروك التسمية عامدا فاذن القول
بحله لانكار الشافعي سنة التسمية مخالف لاجماع الامة ومنه وضوح
النص وتسمية الله تعالى ابلغ ذكر شرعا فان قيل المطلق بقوله تعالى ولا
تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لا يصح لان الفعل لم يثبت الذكر في اي حالة
هو اهو في حالة الذبح ام في حالة السلخ ام في حالة الطبخ ام في حالة الاكل
فكان مجملا ولان الله تعالى ذكر بكلمة من وقال مما لم يذكر اسم الله عليه
وهي للتبعيض والبعض ليس باولى من البعض فكان المراد مجهولا
والتمسك بالمجمل لا يصح قلت ما سوى حالة الذبح ليس بمراد بالاجماع
لانه لم يقل به احد فتعين حالة الذبح ولا يلزم الغاء النص ولا يقال
يحمل على الندب فلا يلزم الغاء النص قلنا لا يقال اي في تلك قوله
تعالى وانه لفسق لان تارك المندوب لا ينسب الى الفسق والجواب
عن الثاني ما قيل سلمنا ان البعض مراد وعملا بكلمة التبعيض لكن
ذلك البعض مجهول منكر وقد وقع في سياق النفي والنكرة اذا وقعت
في سياق النفي تعم فان قلت المراد من الآية الميتة لانه نزلت في الاولاد
مجادلة المشركين في الميتة حيث قالوا تاكلون ما تقتلون ولا تاكلون
ما قتله الله قلت سلمنا انها نزلت في السبب لكن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب
لان اللفظ هو الذي يدل على الحكم لا السبب فلو كان الحكم مختصا بالسبب
لم يجاوز حكم الشرع مكة والمدينة لانه اسباب لا بالاسباب كما عهد واللفظ
عام لان قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه يتناول الميتة وغيرها
مما لم يذكر اسم الله عامدا وقال الخصم يعدل عن ظاهر اللفظ ونترك
الحقيقة مع امكان العمل وعملا بالمجاز فلا يجوز قلت لا نسلم ان المراد
الذكر باللسان بل المراد منه الذكر بالقلب كما في قوله تعالى ولا تطع من
اغفلنا قلبه عن ذكرنا قلت سلمنا ان المراد في قوله تعالى قلبه عن
ذكرنا هو الذكر بالقلب بدلالة السياق ولا نسلم ان المراد فيما نحن فيه
هو الذكر بالقلب لان الله تعالى قرن الذكر بكلمة على وهو يدل على ارادة
الذكر باللسان لانه تعالى ذكر عليه باللسان ويسمى عليه باللسان ولا يقال

ى قالوا

ذكر عليه بعلمه وسمى عليه بفعله لان النهي يقتضي تصور الذكر باللسان
المنهي عنه فلو حملت الآية على الذكر بالقلب لما قامت الملة مقام التسمية لتكون
المنهي عنه متصورا فحملت على الذكر باللسان حتى يكون المنهي عنه متصورا
ولا يقال المراد منه ذبيحة المشرك والمجوسي ليتصور المنهي عنه لانا نقول
حرمة ذبائحهم لا باعتبار ترك التسمية فان المشرك لا يحل ذبيحته
وان سمى الله تعالى وقد نص اصحابنا بما تعلقوا بقوله تعالى فاذكروا اسم الله
عليها صواف فاذا وجبت جنوبها الآية بيانه ان الله تعالى امر بالذكر
عند النحر ومطلق الامر للوجوب على ما بينا في اصول الفقه والذكر
لا يخلو اما ان يكون شرطا او ركنا والتسمية ليس بركن بالاجماع فتعين
ان يكون شرطا فان قيل النصوص معارضة لهذا النص فمنها قوله تعالى
كلوا مما في الارض حلالا طيبا ومنها قوله تعالى الا ما ذكيتم استثنى المذكاة
عن المحرمات وهي مذكاة لان الذكوة هي الجرح بين اللبة واللحيين
ومنها قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه بيانه ان الله تعالى قل لا اجد
امر نبيه صلى الله عليه وسلم ان يقول انه لا محرم سوى المذكورات في هذه الآية
ومتروك التسمية غير مذكور في هذه الآية فكان حلالا قلنا اما الجواب
عن الآية الاولى فنقول نحن نقول بموجبه لان الله تعالى امر باكل الحلال
لا الحرام ومتروك التسمية عامدا حرام بما تلونا فلا يرد علينا والجواب عن
الآية الثانية فنقول المراد منه الذكوة الشرعية لا اللغوية ولم تشرع
الذكوة بدون التسمية فلا يرد علينا والجواب عن الآية الثالثة فنقول المراد
منه نفي الحرمة عما سوى المذكورات في هذه الآية مطلقا لان لحم
الكلب ولحم الحمار ولحم البغل حرام ولم يذكر في هذه الآية بل المراد
منه اني لم اجد محرما مما كانوا يعتقدونه حراما في هذه الآية
سوى المذكورات في هذه الآية والدليل عليه ما ذكر قبل هذه
وهو قوله تعالى قل آلذكرين حرم ام الانثيين الى ان قال قل لا اجد
فيما اوحي الي محرما والجواب عن حديث الخثعمي فنقول المراد منه الناسي
ولا يلزم معارضة خبر الواحد كلام الله تعالى لما تكون لان شرط
المعارضة المساواة ولان النسيان مما جبل عليه الانسان وهو
عجز فلازم للانسان فجعل عفوا في حق الله تعالى اذا كان غالبا
اما لطريق الدعوة كما في النسيان في الصوم او لا لتقصير في حال
الفطر كما في التسمية في الذبح واقيم الملة مقام التسمية دفعا
للعجز ولم يجعل غيره عفوا لانه ليس في معنى المنصوص عليه

ولا يقال

ولا يقال يقيس الشافعي العمد على النسيان لانه يلزم من ذلك معارضة
الرأي للنص فلا يكون ذلك ولا نسلم صحة القياس لعدم المماثلة
بين المقيس عليه والمقيس لان حالة العمد حالة القدرة وحالة النسيان
حالة العجز فلا مماثلة بينهما فان قيل ذبيحة اهل الكتاب حلال
وان كان متروك التسمية لانا نعتقد انه انما لم يذكر حقيقة
فعلم ان التسمية ليست بشرط قلنا انما حل ذبيحة الكتابي لانه يذكر
ذكر اسم الله تعالى من حيث الصورة لانهم يدعون ملة التوحيد فاكتفى
بذكر القدر في حق الحل الا ترى انا اذا سمعنا انهم يذكرون اسم عزير
او اسم المسيح عند الذبح نقول بحرمته وذبائحهم ولهذا نقول
بحرمة ذبيحة المجوسي لانه لا يدعي ملة التوحيد **قوله** في الوجهين
اي في ترك التسمية عمدا او نسيانا **قوله** لا ينفك عنه اي لا ينفك
في ظاهر ما ذكرنا من الآية لانه قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه
يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد باحدهما **قوله**
والسمع يجري على ظاهره اي السمع وهو قوله تعالى ولا تأكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه ليس المراد منه العموم كما هو ولهذا اختلف
الصحابة في متروك التسمية ناسيا ولم يختلف من قال بحرمته بالآية
فلو جرت المحاجة بها لا ارتفع الخلاف بينهم فيه فظهر انها في حق
كل متروك التسمية [illegible] ولم يرفع
الخلاف علم ان الآية في متروك التسمية عامدا لا ناسيا بل المراد منه
العمد **قوله** بل لا فائدة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها
في حق العامد [illegible] عن قول الشافعي حيث يقول اقيمت الملة
مقام التسمية في حق الناسي ينبغي ان تقام الملة مقامها ايضا في حق
العامد بقياس الناسي معذور لان النسيان من قبل من له الحق فاقام
الملة مقام التسمية لجعله عفوا والعامد ليس بمعذور فلا يقاس
على الناسي لانه ليس في معناه **قوله** وما رواه محمول على حالة النسيان
اراد به قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم
قوله ثم التسمية في ذكوة الاختيار يشترط عند الذبح وهو
على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على
الآلة [illegible] لان التسمية في ذكوة الاختيار تقع على الذبح وفي الصيد
تقع على الآلة وهي النشاب او الكلب وتفاريعه ما يظهر في مسائل
ذكرها بعد هذا قال الكرخي في مختصره ان رجلا اضجع شاة ليذبحها

الا ويسمي ثم بدا له فارسلها واضجع اخرى فذبحها بتلك التسمية الاولى
لم يجزه ذلك وان لم يكن هذا ولكن ترك التسمية متعمدا فلو رمى صيدا وسمى
فاخطاه فاصاب آخر فقتله فلا بأس باكله لان التسمية في الرمي
على ارسال النشابة والسهم وليس على الاصابة ولو كانت التسمية على
الاصابة لم يجزه تسمية الارسال ثم قال الكرخي وكذلك لو ارسل كلبه
او فهدا او بازا فاما التسمية على الارسال ليس على اخذه ولا
بأس باكله وان اخذ غير الذي ارسله عليه والتسمية على الذبيحة
على المحز نفسه ليس على اخذ السكين الى هنا لفظ الكرخي قال محمد في الاصل
اذا رأيت رجلا اضجع شاة وسمى ثم القى تلك السكين واخذ اخرى
فذبح بها هل يؤكل قال نعم لا بأس به قال شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرحه فرق بين هذا وبينما اذا اضجع شاة وسمى ثم وضع تلك
وضجع اخرى ولم يسم فانه لا يحل ووجه الفرق بينهما ان التسمية
في ذكوة الاختيار شرعت على الذبيح لا على الالة فما الذبيح [illegible]
ما ضجع انما تبدلت الالة والتسمية ما كانت على الالة بل كانت
على الذبيح فاما في ذكوة الاضطرار فالتسمية تقع على الالة الا ترى ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت
اسم الله عليه فكل وان شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل لانك سميت على
كلبك ولم تسم على كلب غيرك فقد شرط التسمية على الالة وهي الكلب
واذا ثبت في الكلب ثبت في السهم لان السهم نظير الكلب من حيث انه
آلة تقتل منفصلا عن صاحبه واذا كانت التسمية مشروعة في ذكوة
الاضطرار على الالة والالة قد تبدلت صار تبدل الالة في ذكوة
الاضطرار كتبدل الذبيح في ذكوة الاختيار قوله ويكره ان يذكر
مع اسم الله شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان
وصورته ما قاله في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
انه كان يكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره ويكره ان يقول اللهم تقبل
من فلان هذا الذبح وقال لا بأس به اذا كان قبل التسمية وقبل
ان يضجع للذبح الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الامام
البزدوي في شرح الجامع الصغير هذه المسئلة على ثلاثة اوجه في وجه
يحرم وفي وجه يكره وفي وجه لا بأس به اما الذي يحرم فهو ان يذكر
مع اسم الله غيره على سبيل العطف والشركة بان يقول بسم الله
وباسم فلان او قال باسم الله وفلان لان الله تعالى قال وما اهل به لغير الله

وقال

وقال ابن مسعود جردوا التسمية عند الذبح وقال صلى الله عليه وسلم
موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح فاذا قال بسم الله
ومحمد رسول الله صار الذبيح ميتة لما قلنا واما الذي يكره فان
يكون مع اسم الله تعالى مفروزا به في الكلام من غير عطف
ولا شركة فيكره ولا يحرم لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا
له كما لو قال باسم الله محمد رسول الله ويكره لوجود الوصل صورة
والقران ظاهرا وذلك مفض لصورة الحرام فوجب ان يكره
واما الذي لا بأس به فان يكون منفصلا عنه صورة ومعنى قبله
او بعده لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول اللهم تقبل هذه
عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ وهذا القائل
من الخواص وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر
عن امته فوجههما نحو القبلة عند الذبح وقال وجهت وجهي للذي
فطر السموات والارض حنيفا وما انا من المشركين ان صلاتي ونسكي
ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا
اول المسلمين ثم ذبح وقال بسم الله والله اكبر والنبي صلى الله عليه وسلم
قدم هذه الاشياء على الذبح فدل ان المتقدم على الذبح لا بأس به
وانما يكره ان يتكلم به في حالة الذبح بان يقول بسم الله والله اكبر
بان يقول اللهم تقبل مني او من فلان لا يعنيه انما هو ان الاهل ان يغفر له
وان لم يكن اهلا لا يغفر الله له بحسب الحقيقة قال شيخ خواهر زاده
وقال الكرخي في مختصره فاما اذا رأيت رجلا اضجع شاة ليذبحها
وسمى عليها ثم كلم انسانا او استقى ماء فشرب او اخذ سكينا
ثقيلا ولم يكن ثم ذبح على تلك التسمية هل يؤكل قال نعم لا بأس به
قلت ارأيت ان يحدث واطال الحديث واخذ في عمل سوى ذلك
ثم ذبح هل يؤكل قال لا اما هذا فاكرهه وفي الفتاوى لو قال
بسم الله ومحمد رسول الله بالخفض لا يحل وبالرفع يحل وان لم يذكر
النصب وفي روضة الناطفي ينبغي النصب كالخفض لا يحل
ولو قال بسم الله صلى الله على محمد يحل والاولى ان لا يفعل ولو قال
بسم الله وصلى الله على محمد مع الواو يحل اكله ولو قال بسم الله
وبسم فلان لا يحل هذا اختيار ولو ذبح ولم يذكر الحق وان قصد
ذكر اسم الله يحل وان لم يقصد وقصد ترك التسمية لا يحل لانه

قال [illegible] عند الذبح

وفي الفتاوى سئل أبو نصر عن رجل ذبح وقال بسم الله وفلان
فلان قال سمعت إبراهيم بن يوسف يقول لا تصير ميتة، وقال محمد بن سلمة
تصير ميتة لأنه لو صار ميتة صار الرجل كافرا قوله قال ولو قال
الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل قال محمد في الأصل إذا أراد
أن يذبح فقال الحمد لله على ذبحه ولم يزد على ذلك أو قال الله أكبر
أو سبحان الله قال إن كان يريد بذلك التسمية فإنه يؤكل وإن كان
لا يريد بذلك التسمية فإنه لا يؤكل قال شيخ الإسلام خواهر زاده في
مبسوطه وهذا لأن هذه الألفاظ ليس بصريح في باب التسمية
والصريح في باب التسمية بسم الله وإذا لم يكن هذه الألفاظ صريحا
في الباب كان كناية والكناية إنما يقوم مقام الصريح بالنية كما في
كنايات الطلاق إن نوى الطلاق كان طلاقا وإلا فلا كذا هنا قال
الكرخي في مختصره وقال بشر عن أبي يوسف لو أن رجلا سمى على الذكاة
أو الرومية بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك
من التسمية ثم قال ثمة والتهليل والتحميد والتكبير والتسبيح
بمنزلة التسمية للجاهل بالسنة والعالم بها إلى هنا لفظ الكرخي
وذلك لأن المأمور به ذكر اسم الله على وجه التعظيم وهذا موجود
في جميع هذه الألفاظ وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد
في تكبير الصلاة فأما على قول أبي يوسف فلا يجوز الدخول في الصلاة
إلا بالتكبير لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث الأعرابي ثم تكبر وقال في الذكاة
الذكاة إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل فيكون الفرق
قوله ولو عطس فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين وذكر أنه
قال في الأصل إذا قال الحمد لله يريد به التسمية أكل وإن لم يرد التسمية
للعاطس على الذبح بل أراد الحمد لله على نعم الله تعالى فعلى رواية الكرخي ينبغي
أن يحل لأنه قال التحميد بمنزلة التسمية مطلقا وعدم تسليم هذا
قوله وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر
منقول عن ابن عباس وقال صاحب الذخيرة قال البقالي المستحب أن
يقول بسم الله والله أكبر يعني بالواو ثم قال وذكر بعض الحلواني
أن المستحب أن يقول بسم الله الله أكبر يعني بدون الواو لأن الواو
يقطع فور التسمية وكره قوله والذبح بين الحلق
واللبة أي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره
وما أباحه الله تعالى من الأنعام وغيرها في الصيد فإنما أباحه

مذكورا

مذكورا اسم الله عليه وجملة هذا ما ذكره القدوري في شرحه
أن الحيوان المشروط فيه الذكاة على ضربين مقدور على ذكاته وغير مقدور
على ذكاته فما كان مقدورا فذكاته في محل مخصوص سواء كان من
جنس الوحش أو الأنعام وما لم يكن مقدورا فذكاته العقر
في أي مكان حصل منه وسواء كان من الوحش أو الأنعام والأصل
في تعلق الإباحة بالذكاة قوله تعالى إلا ما ذكيتم شرط في الإباحة
الذكاة وأما اعتبار التسمية فلأن الذكاة في الشرع وردت مشروطة
بالتسمية قال تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه
ثم قال الكرخي في مختصره والذكاة في اللبة وما فوق ذلك إلى
اللحيين وقال محمد في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله
أسفل الحلق وأوسطه وأعلاه ولو علاه فإذا كان سبيل الذكاة
في هذا الموضع الذي وصفنا مقدورا عليها ففي فري الأوداج و
الأوداج أربعة الحلقوم والمريء والعرقان اللذان بينهما الحلقوم
والمريء فإذا فرى المذكي ذلك أجمع فقد أكمل الذكاة
الذكاة المأمور بها على تمامها وسنتها فإن قصر عن ذلك فقطع
من هذه الأربعة ثلاثة قال بشر بن الوليد روى عن أبي يوسف أن
أبا حنيفة قال إذا قطع أكثر الأوداج أكل إذا قطع ثلاثة منها
أكل من أي جانب كان وعلى أي وجه كان وكذلك قال أبو يوسف
ثم قال بعد ذلك لا تأكل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد
العرقين وذلك كله سواء في الإبل والبقر والغنم والصيد
وكل ذبيحة قال وكذلك الناقة ينحرها الرجل فهي كذلك في
القولين جميعا في قول أبي حنيفة إذا قطع أكثر الأوداج أكل وفي
قول أبي يوسف حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين إلى
هنا لفظ الكرخي في مختصره ولم يذكر قول محمد وذكر القدوري
في مختصره قول محمد كقول أبي يوسف وقال الناطفي في الأجناس وأما
محمد فقد ذكر في أماليه رواية أبي سليمان الجوزجاني قال محمد لو قطع
الحلقوم والمريء وأحد الودجين ونصف الآخر أكل لأن الودجين
كأنهما شيء واحد فقد قطع الأكثر منهما فأكل فقال محمد في
نوادر ابن رستم لو قطع من الحلقوم أكثره ومن المريء أكثره
ومن كل واحد من الودجين أكثره أكل وأما أبو يوسف فقال
أخيرا لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين

اي هما لفظ الاصل والحاصل ان عند ابي حنيفة اذا قطع ثلاثا منها
اي ثلاث كانت حل وعن ابي يوسف ثلاث روايات احدها هذه
والثانية اشترط قطع الحلقوم مع آخرين والثالثة اشترط قطع
الحلقوم والمري واحد الودجين وعند محمد لا بد من قطع اكثر كل
واحد من هذه الاربع كذا في المحيط هذا مذهب علمائنا وعند
مالك المعتبر قطع ثلاثة اعضاء وهي الودجان والحلقوم ولم يراع
قطع المري كذا في التفريع وشيخ الاسلام خواهر زاده اشترط في
المبسوط على مذهب مالك قطع الاربع جميعا حتى اذا انتقص واحد
منها لم يحل ويحتمل ان يكون عن مالك روايتان وقال الشافعي يعتبر
قطع الحلقوم والمري دون العرقين كذا في [illegible] اما اعتبار
الذكوة ما بين اللبة واللحيين فلما روى محمد في الاصل عن سعيد بن
المسيب انه قال الذكوة ما بين اللبة واللحيين وقال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير روي هذا عن عمر بن الخطاب وعن سعيد بن المسيب
ويروى مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم اي موضع الذكوة فيما بين
واللبة راس الصدر واللحيان الذقن واما بيان الاختلاف
فوجه قول من اشترط للحل قطع الاربع قوله صلى الله عليه وسلم انهر
الدم وافر الاوداج علق الاباحة بقطع الاوداج والاسم
جمع فمطلقه ينصرف الى الثلاث والثلاث الودجان والمري [illegible]
الاباحة متعلقة بهذه الاشياء الا ان قطع الحلقوم ثبت اقتضاء لانه
لا يمكن قطع الاوداج من مذبح بدون قطع الحلقوم والثابت
اقتضاء كالثابت نصا فصار كان النبي صلى الله عليه وسلم نص على
قطع الحلقوم ونوع من المعقول يدل على هذا وهو ان المقصود
من ازالة الروح بالذبح تسييل الدم المسفوح الذي هو النجس
على سبيل التوجيه لئلا يبقى في الابطاء زيادة تعذيب الحيوان وهذا
المقصود على التمام انما يحصل بقطع هذه الاشياء الاربعة ووجه
قول من اكتفى بالحلقوم والمري ان قطع هذه الاشياء الاربعة
ما شرع لعينها حتى يجب استيفاء الجميع وانما المقصود تسييل
الدم المسفوح على سبيل التوجيه فاما وهذا المقصود يحصل
بقطع الحلقوم والمري فان المذبوح لا يحيى بعد قطعهما ويخرج
الدم المسفوح ايضا على سبيل التوجيه فقام مقام الكل كما لو
استحق [illegible] له ثلاثة احرف فانه يكون [illegible] على العود لان المقصود

من

من العدد وهو يقليل النجاسة يحصل بذلك ووجه قول محمد
ان كل واحد من هذه الاشياء الاربعة مقصود بنفسه اما
قطع الودجين فلما في قطعهما من تسييل الدم المسفوح
لانهما مجرى الدم وقطع الحلقوم والمري مقصود بانفسه
من التوجيه في ازالة الروح وفي الابطاء زيادة تعذيب ولهذا قال
صلى الله عليه وسلم اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته
وليرح ذبيحته والاراحة في التوجيه فما لم يوجد قطع الكل او الاكثر
لا يوجد المقصود فلا يثبت الحل ولابي يوسف على الرواية
الثانية ان الحلقوم اغلظ منهما فكان اصلا فلا بد منه وعلى
الرواية الثالثة ان الحلقوم والمري متغايران لان احدهما
مجرى الطعام والشراب والاخر مجرى النفس فلا يحصل
المقصود من قطع احدهما بقطع الاخر فوجب قطعهما وما هو
المقصود من قطع الودجين يحصل باحدهما لان المقصود تسييل الدم
المسفوح لانه مجرى الدم فاكتفي باحدهما ولابي حنيفة ان تعلق
الاباحة بقطع الاشياء الاربعة ما شرع بعينها بل شرع لغيرها
وهو ازالة الروح وتسييل الدم المسفوح على سبيل التوجيه
وهذا المقصود لا يحصل بقطع الحلقوم والمري عندهما فانه في
لانه ان حصل ازالة الروح على سبيل التوجيه لا يحصل ازالة
الدم المسفوح الا بقطع الودجين او احدهما لانهما مجرى الدم
فلا بد من قطعهما او من قطع احدهما وقطع المري والحلقوم
ان ما هو المقصود من قطعهما يحصل بقطع احدهما وهو
التوجيه لان مجرى النفس اذا انقطع او انقطع مجرى الطعام
والشراب يموت الحيوان من ساعته فقام الثلاث مقام الاربع في
تحصيل ما هو المقصود من قطع الاربع مقام الكل قوله
وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع
الحلقوم والمري واحد الودجين هذا لفظ القدوري في مختصره
قوله انهار الدم اي اسالته وفسر صاحب الهداية الحلقوم
بمجرى العلف والمري بمجرى النفس وهكذا ذكر شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه وقال المري عرق اخضر وهو مجرى
النفس وقال في الكشاف في تفسير سورة الاحزاب الحلقوم مدخل
الطعام والشراب وفسر القدوري كذلك في شرح مختصر الكرخي

وهو الأول فصار الحلقوم مجرى النفس والمري مجرى الطعام والودجان
مجرى الدم وهو الأصح تؤيده قوله تعالى فلولا إذا بلغت الحلقوم
وقال رحمه الله الأول المري الذي يدخل فيه الطعام والشراب وقال
في المغرب المري مجرى الطعام والشراب وقال في الجمهرة هو مجرى
وغيره مجرى الطعام إلى جوفه وقال محمد بن بكر الرازي المنصوري
إن في أقصى الفم منفذان أحدهما منفذ النفس إلى الرئة
وهو قصبة الرئة والثاني منفذ الطعام والشراب إلى المعدة
وهو المري قوله ثم النون فيه هي بالحاء المهملة تفعلة من وجأه
إذا خنقه قوله بخلاف ما إذا قطع النصف دون الأكثر لأن في
متعلق بقوله يكتفي به يعني إذا قطع نصف الأوداج لا يكتفي
به فلا يحل لأنه لما كان الرجحان للتحريم جعل بقاء النصف الباقي
كبقاء الأكثر وهذا لأن الإباحة بالقطع فيتعلق بقطع الأكثر وجعل
لقطع نصف الأوداج وذكر في فوائد الوبر أنه سئل
عمن ذبح شاة فقطعت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر قال لا
قال وهذا قول العوام من الناس وليس هو بمعتبر وتحل أكلها سواء
بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر لأن المعتبر عندنا
أكثر الأوداج وهذا صحيح لأنه لا اعتبار لكون العقدة من فوق
أو من تحت ألا ترى إلى قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا بأس
بالذبح في الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه فإذا ذبح من
الأعلى لا بد أن يبقى العقدة من تحت ولم يلتفت إلى العقدة لا في كلام الله
ولا في كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث وقد حصلت
كيف ما تقيد العقدة لا سيما على مذهب أبي حنيفة فإنه يكتفي بالثلاث
من الأربع أي ثلاث كانت ويجوز ترك الحلقوم أصلا فبالأحرى
الأولى أن يحل الذبح إذا قطع الحلقوم من أعلاه وبقيت العقدة
إلى أسفل الحلقوم وكان شيخنا في زعم
العوام وقد كان منهم أمر من الذبح إلى الكلاب حيث
بقيت العقدة إلى الصدر لا إلى ما يلي الرأس فيا ليت شعري من أين
أخذ هذا من كتاب الله تعالى ولا أثر له فيه أو من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولم يسمع فيه شيئا أو من إجماع الأمة ولم ينقل عن أحد من الصحابة
والتابعين أو من أثر ما فيه هذا أبو حنيفة ولم ينقل عنه ذلك
أصلا بل المنقول عنه ما ذكرناه إذا

فصل

نقضوا أو أضلوا قال الله تعالى ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله
إنا نستحيي عن الرجوع من الباطل إلى الحق ونخجل عن العوام كيلا
يفسد اعتقادهم فيه إذا عملوا خلاف ما أفتى أولا فالرجوع إلى
الحق خير من التمادي في الباطل قوله قال ويجوز الذبح
بالظفر والقرن والسن إذا كان منزوعا أي في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يذبح الشاة
بظفر منزوع أو بقرن أو بعظم أو بسن منزوعة حتى نهر الدم
وتفرى الأوداج قال أكره هذا الذبح وإن فعل فلا بأس بأكله
إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهذا عندنا وعند الشافعي
لا تحل الذبيحة بالظفر والسن وإن كانا منزوعين لما روي
في الصحيح البخاري مسندا إلى عباية بن رافع عن جده أنه قال يا رسول الله
ليس لنا مدى فقال ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل ليس الظفر
والسن أما الظفر فمدى الحبشة وأما السن فعظم أن النبي
صلى الله عليه وسلم استثنى الظفر والسن من الآلات التي يقع بها الجرح
ولم يفصل بين القائم والمنزوع فعلم بعدم جواز الذبح بهما مطلقا ولنا أن
القائم لا يجوز الذبح به فكذا غير القائم بل أولى لأن القائم
يحصل القطع بقوة المنزوع فما دام لم يحل بالقائم فبغيره أولى
ولنا ما روى البخاري أيضا قال حدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي قال حدثنا
معتمر عن عبيد الله عن نافع قال سمع ابن كعب بن مالك يخبر
ابن عمر أن أباه أخبره أن جارية لهم كانت ترعى غنما بسلع فأبصرت
شاة من غنمها موتا فكسرت حجرا فذبحتها فقال لا تأكلوا
حتى أتي النبي صلى الله عليه وسلم فأسأله أو حتى أرسل إليه من يسأله
فأتى النبي صلى الله عليه وسلم أو بعث إليه فأمر النبي صلى الله عليه وسلم
بأكلها فوجه الاستدلال بالحديث أن الأصل في النصوص التعليل
والحجر صلح آلة للذبح بمعنى الجرح فكذا الظفر المنزوع
والسن المنزوعة بخلاف غير المنزوع فإنه لا يصلح آلة
لكونه في معنى الخنق وهو محمل حديث الخصم وفي السنن
مسندا إلى عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله أرسل كلبي فآخذ
الصيد فلا يكون معي ما أذكيه إلا المروة والعصا وفي رواية
وشقة العصا فقال أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله عز وجل
وهذا يدل على أن كل آلة جارحة يحصل بها الذبح يحل بها الذبح

خماسيا
لان الظفر المنزوع والسن المنزوع مما ينهر الدم فيحل الذبح بها
على ما لو ذبح بالشفرة الكليلة اي البطيئة اي المروة لوجود المعنى
الجامع وهو الآلة الجارحة بخلاف الظفر القائم والسن القائم
حيث لا يحل الذبح بهما لان غير المنزوع يوجب الموت بالقوة والثقل
مع الحدة فيصير الذبح في معنى المنخنقة وانما كره الذبح بالمنزوع
لما فيه استعمال شي من الادمي فيكره كالوصل بشعر الادمي و
الانتفاع بالعذرة وهذا لا ينافي القول بوجه آخر وهو انه
اضرار بالحيوان المذبوح وان عليه لضعف الالة فيؤدي
الى زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة فيحل ويكره كما لو ذبح
بشفرة كليلة وهذا التعليل يشمل الفصول كلها والجواب عن حديث
الخصم يقول اوله دليلنا وآخره محمول على القائم لو تمسكنا بحديثنا
حديثنا وحديثه وفي ذلك الحديث دليل على ما قلنا ايضا بدليل قوله
صلى الله عليه وسلم اما الظفر فمدى الحبش لانهم لا يقلمون الاظفار
ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش والقضم
اي بشبهه وافري الاوداج اي اقطعها والمدى جمع مدية وهي
السكين قوله قال ويكره الذبح بالليطة والمروة وكل شي
انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم اي قال القدوري في
مختصره والاصل فيه ما روي في السنن حنبلا اي عدي بن حاتم قال قلت
يا رسول الله ارايت احدنا اصاب صيدا وليس معه سكين
ايذبح بالمروة وشقة العصا فقال انهر الدم بما شئت واذكر
اسم الله واما السن القائم والظفر القائم فلا يحل الذبح بهما لانه
يصير في معنى المنخنقة وقد مر انفا وقال في شرح الجامع الصغير
نص محمد في مسئلة السن التي هي غير منزوعة على انها ميتة لانه
وجد فيه نصا عن النبي صلى الله عليه وسلم فاطلق جوابها وهذه
طريقة محمد في المنصوص عليه بالتحريم او التحليل لانه يثبت القول
اما في غير المنصوص فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة اكره
اذ لم يوجد ذلك كراهة فهو حرام كذكره عن محمد والليطة
القصب قشره والمروة الحجر قوله قال ويستحب ان يحد الذابح
شفرته اي قال القدوري في مختصره وهذا لما روى صاحب السنن
باسناده الى شداد بن اوس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان
الله كتب الاحسان على كل شي فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة

واذا

ذبيحته
واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
والشفرة السكين العظيم وشفرة السيف حده قوله
ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة اي ههنا لفظ الكرخي وذلك
لان الحد زيادة ايلام لا يحتاج اليه فكره واما اذا حد الشفرة
بعد الاضجاع فلما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا
قد اضجع شاة وهو يحد الشفرة فقال لقد اردت ان
تميتها موتات الا احددت ذلك قبل ان تضجعها وروي ان عمر
راى رجلا قد اضجع شاة ووضع رجله على صفحة وجهها
وهو يحد الشفرة فضربه بالدرة فهرب الرجل وشردت
الشاة فقال عمر الا حددتها قبل ان تضع رجلك موضع
وضعتها ولان البهائم تحس بالجرح منه فاذا احد الشفرة
وقد اضجعها فقد زاد في المها وذلك لا يجوز وكذا في شرح القدوري
لمختصر الكرخي قوله قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع
الراس كره له ذلك وتوكل ذبيحته اي قال القدوري في مختصره
وقال الكرخي في مختصره ويكره اذا ذبحها ان يبلغ النخاع وهو
العرق الابيض الذي يكون في عظم الرقبة ويكره له ايضا
بعد الذبح ان ينخعها قبل ان تبرد وتخرج حتى يبلغ النخاع
ويكره له ان يجز في العظم ويكره له ان تسلخ الشاة قبل
ان تبرد فان سلخ او نخع فلا باس بذلك وهذا كله لا تحرم
الذبيحة الى هنا لفظ الكرخي واصله ما روى محمد بن الحسن في كتاب
الصيد من الاصل عن سعيد بن المسيب قال نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان ينخع الشاة اذا ذبحت وعن ابن عمر انه كان يكره
ان تنخع الشاة في الذبيحة ولان فيه تعذيب الحيوان بلا
فائدة فيكره لانه منهي عنه قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف
بخواهر زاده في شرح المبسوط اختلفوا في تفسير النخع قال
بعضهم ان يبالغ في الذبح حتى ينتهي الشفرة الى النخاع وهو
عرق في القفا وقال بعضهم النخع ان يمد راسه حتى يظهر
حلقه وقد ذكر وقال بعضهم ان يكسر عنقه قبل ان تسكن من
الاضطراب واي ذلك كان يكره لما فيه من زيادة تعذيب
الحيوان بلا فائدة ثم قال خواهر زاده عن مكحول ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا ذبح لم ينخع ولم تسلخ حتى تبرد الشاة

أي يكون من أصغر أرآبها لا بزودة اللحم فإنها لا تنشر ولا تقطع السلخ
وكذا يكره الذبح لغير القبلة قال في الأصل إذا بدأ الرجل بذبح
وسمى ووجهه لغير القبلة متعمدا أو غير متعمد قال
لا بأس بأكلها قال خواهرزاده في شرح المبسوط أما الحل فلأن الإباحة
شرعا تتعلق بقطع الأوداج والتسمية وقد وجد وتوجيه القبلة
سنة مؤكدة لأنه توارثه الناس وترك السنة لا يوجب الحرمة
ولكن يكره ويكره من غير عذر وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار
أخبرنا عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن
مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة سبعا
المرارة والمثانة والغدة والحيا والذكر والأنثيين والدم
قال في كتب الفقهاء ثم أبو حنيفة فسر هذا فقال الدم حرام
بالنص القاطع وباقي السبعة تكره لأنه مما تستخبثه الأنفس
وأراد به الدم المسفوح فأما دم الكبد والطحال ودم اللحم
ليس بحرام **قوله** قال وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية
حتى قطع العروق حل أي قال القدوري في مختصره وقال الكرخي في
مختصره وقال أبو حنيفة إن ضرب عنق جزور بسيف فأبانها
وسمى فإن كان يضربها من قبل الحلقوم فإنه يؤكل وقد أساء
وإن كان يضربها من قبل القفا فإن كان يقطع الحلقوم والأوداج
قبل أن يموت أكل وقد أساء وكذلك هذا في الشاة وكذا ذكر وقال
أبو حنيفة إن قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وإن تعمد ذلك فقد
أساء في التعمد وكذا ذكر قال أبو يوسف إلى هنا لفظ الكرخي وذلك لأنه
إذا ضربها من قبل الحلقوم فقد قطع العروق المشروطة في
الذكاة وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج إليها في الذكاة فيكره
ذلك ولا يمنع الأكل كما لو جرحها فأما إذا ضربها من قفاها
فإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لأنها ماتت قبل
الذكاة فإن قطع العروق قبل موتها فقد فعل الشرط إلا أنه
زاد في ألمها وذلك مكروه قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي
في شرح الكافي قال الفقيه أبو بكر الأعمش وهذا إنما يعلم
أن لو كانت تعيش قبل قطع العروق أكثر مما يعيش المذبوح
حتى يحل بقطع العروق ليكون الموت حاصلا به فأما إذا
كان بحال لا يعيش إلا كما يعيش المذبوح فإنها لا تحل لأنه يحصل
الموت

مضافا

مضافا إلى الفعل الثاني فلا يحل قوله ذكره هذا لفظ القدوري
قوله وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل هذا لفظ القدوري
وقد مر بيانه آنفا **قوله** قال وما استأنس من الصيد
فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح أي قال القدوري
في مختصره وذلك لأن الصيد إنما اكتفي فيه بذكاة الاضطرار
لعدم القدرة على ذكاة الذبح فإذا استأنس صار كالشاة
فلم يحل إلا بذكاة الاختيار وهي الذكاة بين اللبة واللحيين
وأما الأهلي إذا توحش فذكاته ذكاة الاضطرار سواء كان
بعيرا أو بقرا أو شاة وبذلك صرح الكرخي في مختصره فقال
وكل بعير أو بقرة أو شاة ندت حتى تكون بمنزلة الصيد لا
يقدر عليها صاحبها فإن ذكاتها ذكاة الاضطرار كالصيد
وما وقع منها في قليب فلم يقدر على إخراجه ولا ذبحه
ولا منحره فإن ذكاته ذكاة الصيد هذا ما أجمع عليه
أصحابنا وأحسن ما سمعنا فيه إلى هنا لفظ الكرخي وهذا
مذهبنا وعند مالك لا يحل الأهلي المتوحش بذكاة الاضطرار
ولا يحل أيضا بذكاة الاضطرار ما وقع من الأهلي في البئر
كذا نقل شيخ الإسلام خواهرزاده في شرح المبسوط مذهب
مالك له أن ناضحا وقع في بئر فقيل لسعيد بن المسيب
انحر من مؤخره فكان يقول لا إلا في منحره لأنه
عليه السلام ولأن التوحش في الأنسي نادر لأن الأصل فيه الألف
ولا عبرة بالنادر ولأن الإنسان إذا عدم الماء والتراب الطاهر جميعا
لا يجب عليه الصلاة لفقد طهارة لندرة ذلك فكذا هذا ولنا
ما روى محمد بن الحسن في كتاب الصيد من الأصل وفي كتاب الآثار أيضا
قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا سعيد بن مسروق عن عباية بن
رفاعة عن النبي صلى الله عليه وسلم أن بعيرا من إبل الصدقة ند فطلبوه
فلما أعياهم أن يأخذوه رماه رجل بسهم فأصاب مقتله فقتله
فسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن أكله فقال إن لها أوابد كأوابد
الوحش فإذا أحسستم منها شيئا من هذا فاصنعوا به كما صنعتم
بهذا ثم كلوه وهكذا روى البخاري هذا الحديث في جامعه الصحيح
بإسناده إلى عباية بن رفاعة بن رافع بن خديج عن رافع بن خديج
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال محمد بن الحسن في كتاب الأصل

وفي كتاب الآثار ايضا اخبرنا ابو حنيفة عن سعيد بن مسروق عن عباية بن رفاعة
عن ابن عمر ان بعيرا تردى في بئر بالمدينة فلم يقدر على
منحره فوجئ بسكين من قبل خاصرته حتى مات فاخذ منه
ابن عمر عشيرا بدرهمين وقال محمد ايضا اخبرنا ابو حنيفة
عن حماد عن ابراهيم في البعير يتردى في بئر قال اذا لم يقدر على
منحره فحيث ما وجأت فهو منحره قال محمد وبه نأخذ وهو قول
ابي حنيفة وقال في الصحيح البخاري ما ند من البهائم فهو بمنزلة
الوحش واجازه ابن مسعود وقال ابن عباس ما اعجزك من البهائم
مما في يديك فهو كالصيد وفي بعير تردى في بئر من حيث قدرت
عليه فذكه وراى ذلك علي وابن عمر وعائشة انتهى ما في صحيح البخاري
ولانه حيوان يقع العجز عن ذكاته بذكاة الاختيار فيحل
بذكاة الاضطرار فعلم ان التوحش نادر في الانسي فلا
[illegible] الوحش توجد منه فيه التي لا بد من اعتباره الا يرى
الى قول النبي صلى الله عليه وسلم ان لها اوابد كاوابد الوحش فعلم ان
لها توحشا كتوحش الوحش فقد اعتبر التوحش والاوابد
الوحش نفرها من ابدت تأبد وتأبد ابدا ابودا كذا في المغرب
ويشكل الخصم بقول ابن المسيب فقيه جدا مع صحة الرواية عن النبي صلى الله
عليه وسلم وعن هو اكبر من ابن المسيب كعلي وابن مسعود وابن عمر
وعائشة رضي الله عنهم وقال خواهرزاده في شرحه قد اختلفوا في
تفسير العشير قال بعضهم هو العشر لان العشر والعشير
كالنصف والنصيف وقال بعضهم العشير هو [illegible]
خواهرزاده من التفسير الثاني ما صح عندي وما وجدته في كتب
اللغة وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في باب ما يستوحش من غير
الصيد من الابل والبقر اذا وجد منها التوحش فانهما كلاهما
يذكيان ذكاة الاضطرار سواء كانا في المصر او خارج المصر [illegible]
[illegible] هذا [illegible] الشاة اذا ندت في المصر
لا تحل بذكاة الاضطرار وفي خارج المصر تحل وذكر لان
الابل والبقر وان ندت في المصر فقد لا يقدر على ذكاة الاختيار
منها لان الابل يدفع عن نفسها بنفرها [illegible] والبقر
ينطحه [illegible] العجز [illegible] ذكره [illegible]
فيهما وان حصل التوحش منهما في المصر وخارج المصر فاما في الشاة
فاما

فاما ما يحصل العجز في ذكاة الاختيار خارج المصر لانه لا يمكن
اخذها واما في المصر فانه يمكن اخذها ولا يخاف من جهتها
القتل فلا يحصل العجز عن ذكاة الاختيار وفي العيون
[illegible] في رجل رمى حمامة اهلية في الصحراء وسمى فلا يؤكل
لانه يأوي الى المنزل الا ان يكون حمامة لا تهتدي الى وكرها
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف في البعير او الثور [illegible] فلا يقدر
على اخذه فقال ان علم انه لا يقدر على اخذه الا ان يجمع له
جماعة كثيرة فله ان يرميه واما الشاة فلا تجوز ذكاتها
في المصر لان البعير يند ويصول ويمتنع والثور ينطح
ويمتنع كذا في العيون وقال في الاصل ارأيت اذا اصاب قرن
البقرة والظلف فقتلها هل يؤكل قال لا الا ان ادمى حل وان
لم تدم لا تحل وذكر [illegible] الجرح يصل الى
اللحم بسبب الاباحة فيحصل الجرح في اللحم وقد وجد فاما
اذا لم تدم فالجراحة لم تصل الى اللحم فلا تحل وهذا لان الدم
يصير في الجلد فمتى خلص الجرح الى موضع فيه حل
والا فلا كذا في شرح خواهرزاده قوله على ما مر اشار به الى ما
ذكر في اول الذبائح وهو قوله والثاني كالبدل من الاول
قوله تردى اي سقط قوله في الوجهين اي في المتوحش والمتردي
قوله وفي الكتاب اراد به مختصر القدوري قوله ندت اي
نفرت قوله والصيال كالند قال القدوري في شرح مختصر
الكرخي وحكي عن [illegible] اذا صال على انسان فقتله
وهو يريد الذكاة حل اكله اذا كان لا يقدر على اخذه وهو
يمتنع فجعل الصول بمنزلة الند قوله قال في المجتبى في
الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره وفي المنتقى في الغنم
الذبح فان نحرها جاز ويكره اي قال القدوري في مختصره و
[illegible] الا [illegible] كذا اذا ذبح البدن لم يؤكل [illegible]
[illegible] انه يكون عنده [illegible]
[illegible] التعزيم والاحداد ذبح الغنم
والبقر ونحر الابل فان ذبح بعيرا من ضرورة فلا بأس باكله
وان كان من غير ضرورة كره اكله وفي نحر شاة من ضرورة اكله
وان كان من غير ضرورة كره اكلها وفي نحر بقرة من ضرورة

او من غير جزء ورده فلا باس باكله الى هنا لفظ المفرع وصل
وفي ذكر قوله ~~صلى الله عليه وسلم~~ فصل لربك وانحر قال في الكشاف
وانحر البدن وعن عطية هي صلوة الفجر بجمع والنحر بمنى
وقيل صلوة العيد والتضحية وقيل هي جنس الصلوة والنحر وضع اليمين
على الشمال كذا في الكشاف وقال في الغنم وفديناه بذبح عظيم
وقال ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وذبح النبي صلى الله عليه وسلم البقر والغنم
ونحر الابل ولان المعتبر في الذكوة الاسهل على الحيوان لما روى شداد بن
اوس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله كتب الاحسان على كل شيء
فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم
شفرته وليرح ذبيحته والاسهل في الابل النحر لان اللبة منها ليس
عليها لحم وما سواه من حلقها عليه لحم كثيف والبقر والغنم حلقها
على حد واحد فلذلك لا تنحر واما وجه الكراهة فلان ما ذكرنا
اتمها لا احتاج اليها في الذكوة كما لو جرحها في موضع اخر كذا في شرح الاقطع
قوله وهي بمعنى في غيره اي الكراهة بمعنى في غير الذابح الذبح والنحر
وهو مخالفة السنة لا لذات ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح فان اصل
الكراهة بمعنى في غير المنهي عنه لا ينافي الجواز قوله فان ذبح
من نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا
لم يؤكل اشعر او لم يشعر وقال القدوري في مختصره قال الفقيه
ابو الليث في كتاب العيون لو ان شاة ذبحت فخرج من بطنها ولد
ميت فان ذكوة الشاة لا تكون ذكوة الجنين في قول ابي حنيفة وزفر
والحسن وقال ابو يوسف ان خرج ميتا يؤكل ذكوته ذكوة الام وان خرج
حيا وبقي بمقدار ما يقدر على ذبحه لا يؤكل وان لم يبق مقدار
ما يذبح فانه يؤكل وروى هشام عن محمد ايضا فان ذكوة الجنين ذكوة
امه اذا تم خلقه واما اذا لم يتم خلقه فانه لا يؤكل وقال شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده في اخر شرح كتاب الاضاحي قال ابو حنيفة
وزفر الجنين لا يتذكى بذكوة الام وقال ابو يوسف ومحمد ومالك
والشافعي رحمهم الله تعالى انه يتذكى بذكوة الام وروي عن ابي يوسف ومحمد
في غير رواية الاصول ان ذكوة الجنين ذكوة امه اذا تم خلقه وصورة
المسئلة ان الشاة او الناقة او البقرة اذا ذبحت ثم خرج من
بطنها جنين ميت او حي الا انه مات قبل التمكن من ذكوته فانه
لا يحل اكله في قول ابي حنيفة وزفر ويحل في قولهم جميعا الى هنا

لعدم جوازه

ودكر

وذكر ابو العباس بن الحلاف البصري المالكي في التفريع واذا ذكيت
الذبيحة فوجد في جوفها جنين ميت فلا باس باكله اذا تم خلقه
ونبت شعره فان لم يتم خلقه ولم ينبت شعره لم يجز اكله فان
انفصل منها حيا واستهل صارخا انفرد بحكم نفسه ولم يجز
اكله بذكوة امه فان ذكي جاز اكله وان مات قبل ذكوته لم يجز
اكله الى هنا لفظ التفريع وقال الخرقي الحنبلي وذكوة ذكوة
جنينها اشعر او لم يشعر وجه قولهم ما روي في السنن مسندا
الى ابي سعيد الخدري قال قلنا يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح
البقرة او الشاة فنجد في بطنها الجنين انلقيه ام ناكله قال
كلوه ان شئتم فان ذكوته ذكوة امه وروي في السنن مسندا الى جابر بن
عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذكوة الجنين ذكوة امه
ولان الجنين جزء من الام من وجه نظرا الى الخلقة والحكم اما
الخلقة فباعتبار انه متصل بالام وهذا يفصل عن امه بقطع
سرته بالمقراض ويتغذى بغذاء الام ويتنفس بتنفسها
واما الحكم فباعتبار انه يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق
اذا اعتق الام واذا كان جزءا للام كان ذكوة الام ذكوة له
واكتفى بذلك لعدم القدرة على ذكوة الاختيار في الجنين كما في
الصيد والبعير الناد لما لم يوجد القدرة على ذكوة الاختيار
اكتفى بذكوة الاضطرار وهي الجرح في اي موضع كان فكذا
هنا اكتفى بذكاة الام وهي ذكوة في حق الجنين من حيث
انه جزء ولابي حنيفة ما روى محمد في كتاب الاثار قال
اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم قال لا يكون ذكوة نفس
ذكوة نفسين يعني الجنين اذا ذبحت امه لم يؤكل حتى يدرك ذكوته
ولان الجنين لا يخلو اما ان يكون من جنس الحيوان المقدور على ذكوته
او من جنس ما لا يقدر على ذكوته ففي الاول يشترط الذبح وفي
الثاني يشترط الجرح ولم يوجد في الجنين لا ذبح ولا جرح فلا يحل لانه
ميتة والميتة حرام لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهذا لان الميتة
عبارة عما زال عنه الروح بلا جرح والجنين زال عنه الروح بلا
جرح فكان ميتة ولان الجنين منفرد بحيوة نفسه فاذا كان
حيوته اصلا كان ذكوته اصلا ايضا ولا يحصل ذكوته بتبع ذكوة
الام والدليل على انه اصل في الحيوة انه يتصور حيا بعد موت الام

من علمه الاحكام ايضا وهي اي بالغرة له وصحة اعتاقه الام
وصحة الوصية به ايضا ولا شك ان الجنين حيوان دموي
والمقصود من ذكاة الحيوان هو الفصل بين اللحم الطاهر والدم
النجس باسالته واليه اشار في الحديث بقوله انهر الدم وافرى
الاوداج فحل ذكاة الام التي هي سبب لخروج دمها سبب
لخروج الدم النجس من الجنين فكان متحققا لان الظاهر انه
يموت بالاختناق باضطراب الام والمنخنقة حرام بالنص
والقياس على الصيد والبعير الناد لا يصح لان هناك الجرح جعل
كافيا ثمة لما لم يوجد القدرة على الكامل تامه لا سبب مقام
المسبب لان الجرح سبب لاسالة الدم وفي الجنين لم يوجد الجرح اصلا
وانما دخل في بيع الام تبعا لفساد العقد باستثنائه وانما عتق
باعتاقها تبعا لانه لا ينفصل عن الجزء ولو حكما والجواب عن قوله
صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه فالمراد منه التشبيه بحذف
حرف التشبيه وهو ابلغ في وجود التشبيه كقولك زيد اسد
اي ذكاة الجنين كذكاة امه كقولهم صوته صوت الاسد وريحه
ريح المسك وليس المراد منه ان ذكاة الام تنوب عن ذكاة الجنين
ولو كان المراد ذلك لقال ذكاة الام ذكاة الجنين كما هو الكلام
كلام الامير والجواب عن الحديث المذكور اعني حديث ابي سعيد
فنقول انه يعارض كتاب الله وهو قوله حرمت عليكم الميتة وقوله
والمنخنقة والجنين الذي خرج ميتا ميتة ومخنوق فاعملنا بـ
ترك المعارضة احتياطا ولا مساواة بين الكتاب وخبر الواحد
فيحمل ذكره على التشبيه وان تنفى فاوله بذكره فخرج منها جنين ميت
اي قريب من الموت فقال انحر الجنين وان شئتم فكله قوله فلا يجعل
تبعا في حقه اي لا يجعل الجنين تبعا للام في حق خروج الدم يعني
لا يجعل خروج الدم من الام خروجا من الجنين

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

لما كان للذكاة حكمان في المذبوح حل
الذبيحة فيما يحل اكله وحصول الطهارة في الجلد واللحم فيما
لا يحل اكله الا الادمي والخنزير فانه لا يعمل الذكاة فيهما ذكر في هذا
الفصل ما يحل اكله وما لا يحل اكله وكان الانسب ان يذكر
ما يذكر في هذا الفصل جميعا في كتاب الصيد لان اكثر ما ذكره فيه من الصيد
الا الفرس والبغل والحمار قوله ولا يجوز اكل كل ذي ناب

من

من السباع وذي مخلب من الطير اي قال القدوري في مختصره
ذلك لما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى عاصم بن ضمرة
عن علي بن ابي طالب انه نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من
السباع وكل ذي مخلب من الطير وروى الطحاوي ايضا باسناده الى ميمون بن
مهران عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي
ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وحدث البخاري باسناده الى
ابي ثعلبة الخشني ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع
وروى الكرخي في مختصره باسناده الى جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير
ثم اعلم ان المراد من ذي ناب السبع الذي يفترس بنابه و
من ذي مخلب هو الذي يصطاد بمخلبه وهو المراد [illegible]
لان كل صيد لا يخلو عن مخلب كان صاحب الهداية لان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور واكل كل ذي ناب من
السباع ثم قال وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما
فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب
شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط حيث قال قوله من السباع
ذكر عقيب النوعين فينصرف الى النوعين المذكورين في الحديث اي
اليهما يعني اذا انصرف اليهما صار معنى الحديث كأنه قال نهى
عن اكل كل ذي مخلب من سباع الطير ونهى عن اكل كل ذي ناب
من السباع فيكون المحرم بهذا الحديث كل ذي مخلب من سباع الطير
ونهى عن اكل ما لا طير له مخلب وكل ذي ناب من السباع صح
لا كل حيوان له ناب ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات
من محدثي رواة الحديث باجمعهم متقدم كل ذي ناب من السباع على
كل ذي مخلب من الطير فلا تمشي هذا التقرير في تلك
الرواية فيمتنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله
كل ذي ناب اقرب فلا ينصرف اليه لكونه اقرب وقال الكرخي في
مختصره ثم ذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والضبع
والثعلب والكلب والسنور البري والاهلي فهذا محرم لما جاء عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم من نهيه عن كل ذي ناب من السباع وكره
اصحابنا مع ذلك من الصيد لحم الفيل والدب والقرد والضب
واليربوع وابن عرس ونحوهم من سباع الهوام قال ذكره ابو يوسف

وكرهوا جميع الهوام مما يكون سكناه الارض مثل الجرذ والفار
والاوزاغ وسام ابرص والعظاية والقنافذ وانواع
من الحباب وجميع هوام الارض قال الشيخ ابو الحسن
قال ابو حنيفة اكره اكل الهوام كلها وقال ابو يوسف
ولا اعلم من اصحابنا في ذلك خلافا في كل ما لا دم له فهو مكروه اكله
عندنا الا الجراد لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ولاجماع الامة على احلال
اكله وكرهوا الدبسي كله والزنابير والذباب وما لا دم له
وذوا المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين
وما اشبه ذلك وكرهوا اكل الرخم والبغاث وما اكل الجيف من
الطير مثل الغراب الابقع والاسود والذي ياكل الجيف واما ما كان
من الغربان ياكل الحب والزرع والذي يشبه الدجاج فانه يؤكل
وقال ان كان غرابا يخلط فياكل الجيف ويأكل الزرع فانه لا يؤكل
لما كرهه الفقهاء من ذكره قال ابو يوسف واما الذي رخصت
في اكله فانه له حلقة وهو مخالف للغراب في صغره
وهو يدرج في المنازل ويالف كما يالف الحمام والطير ويرجع
قالوا انما يكره من الطير ما لا ياكل الا الجيف وكذا حكي عن ابي حنيفة
وما حكيناه في الغراب اذا كان يخلط فهو قول ابي يوسف ان الغراب الذي ياكل
ويكاد يخلط اليها لعله الكرخي في مختصره قوله عقيب النهي
اي يصيد بمخلبه وذي ناب والمخلب للطائر مثل الظفر للانسان
والناب للسبع قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح
قاتل عاد عادة والاختطاف بمعنى الخطفة والانتهاب
بمعنى النهب فيكون الفرق بينهما ان الاختطاف من فعل الطيور
والانتهاب من فعل سباع البهائم فلما كان في حد السبع شاملا
للنوعين ذكر السبع لهذين الوصفين والعادي من عدا عليه عدوانا
قوله ومعنى التحريم اي المعنى الذي ورد التحريم لاجله
في ذي مخلب من الطير وذي ناب من السباع فهو كرامة بني آدم
بيانه ان الاختطاف والانتهاب والقتل عادة او صار في وجه
تحريم النوع سباع البهائم كيلا يعود شيء من هذه الاوصاف
الذميمة اليه بالاكل فكانت الحرمة كرامة للادمي المكرم كما كانت
الاباحة كرامة له قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب اي
في التحريم لانها ذو ناب من السباع وعند الشافعي لا باس باكلها لما روي

عن

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضبع فقال اكلها نعجة سمينة
وعن جابر بن عبد الله انه سئل عن الضبع اهو صيد فقال نعم فقيل
أكلها قال نعم فقيل اسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال نعم والمعنى ما حكي عن المزني ان السبع ما يعدو على الناس
ويعدو على حقوقهم وهذا لا يعدو فلا يكون من السبع ولنا ما روي
من نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع وهذا من
السباع لوجود معنى السبع فيها والجواب عن خبر الخصم ما رويناه
يدل على الحرمة وما رواه يدل على الاباحة والتاريخ ليس بمعلوم
فيجعل ما فيه حرم متأخرا تقليلا للنسخ وقوله وهذا لا يعدو ان
ليس كذلك بل يعدو ان لانها من جملة السباع قوله واليربوع وابن
عرس سباع الهوام وابن عرس دويبة والهوام بالتشديد جمع الهامة
وهي الدابة من دواب الارض وجميع الهوام نحو اليربوع وابن
عرس والقنفذ مما يكون سكناه الارض نحو الجرذ فهو مكروه
اكله لان الهوام مستخبثة وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما روي لبن النجاسات الثعالب وذكر من اسباب
الكراهة وكذلك جميع ما لا دم له فاكله مكروه لانه مستخبث وقوله
كسر قوله ويحرم عليهم الخبائث الا الجراد فانه مخصوص
بالحديث قوله وكرهوا اكل الرخم والبغاث والرخم
جمع رخمة وهو طائر ابقع والبغاث ما لا يصيد من الطير
هكذا ذكر في ديوان الادب وقال ابو حاتم السجستاني في كتاب
اسماء الطير وصفاتها وهو تلميذ الاصمعي قال ابو الخطاب
ما لا يصيد من الطير لا يوهاب البغاث وقال ابو عبيدة
البغاث من الطير ضعافها وربما بقعتها الوانها والبغاث
الرخم وقال الاصمعي البغاث لئام الطير ومثل
للعرب ان البغاث بارضنا تستنسر اي تتشبه بالنسور يضرب
مثلا للئام الناس اذا تكبروا وقال الاصمعي ان البغاث
طير ... تستنسر بالتاء فاتت وقال ابو عبيدة في جمع
البغاث ... الجمع البغثان ومن اجراه مجرى
النعام ... وبغاث قال البحتري فهم رخم كان
بغاثها ... فليت تنتعد لانخصوها وقال بغاث
الطير اكثرها فراخا وام الباز مقلات نزور

الى المغادر
لها ولد ابعس

النزر
الغليل
الولد

الى هنا لفظ ابي حاتم في كتابه وقال ابو حاتم الحاتمي كان بعضهم
والرخمة طائر ضخمة تاكل الجيف ولا تصطاد وتكون بالبياض
ويقال لها الانوق والجمع الرخم ويقال في مثل للعرب
البعد من بيض الانوق وقال ابن اعرابي كبيض الانوق
لا ينال لها ذكر وربما خالط لونها الاغبر يعني انتقد
الصغار ولا تبيض والرخمة بعظم العقاب ويقال للرخمة
ام جعدان وام رسالة وام قيس ونحص وام عجيبة
والذكر منها الغدمل والعراج التقانق ولا يبيض الا في
ارفع موضع تقدر عليه الى هنا لفظ ابي حاتم الحاتمي **قوله**
قال ولا باس بغراب الزرع اي قال القدوري في مختصره وقال
محمد في الاصل اما الغراب الابقع والنسر والعقاب واشباهه
ذكر من صيد البر فهل يوكل لحمه قال اما كان من سباع الطير
كالنسر والعقاب فانه لا يوكل لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
اكل كل ذي مخلب من سباع الطير والغراب ليس من سباع الطير
فلا يكون باكله باس الا ان يكون ياكل الجيف فحينئذ يكره
اكله كالابل الجلالة كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه
وقال الولوالجي في فتاواه واما الغراب الابقع والاسود فهو انواع
ازرق ان كان ياكل الجيف يكره وان كان لا ياكل الجيف وياكل
الحب والزرع لا يكره وان كان ياكل الجيف وياكل الحب يوكل
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يوكل **قوله** ولا يوكل الابقع
الذي ياكل الجيف هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب
المجمل به وكذا الغداف ايضا لا يوكل وهو غراب القيظ الكبير
من الغربان تراه الجناحين قال القدوري في شرحه في
الاصل في تحريم الغراب الابقع والغداف ما روي عن هشام بن
عروة عن ابيه انه سئل عن اكل الغراب فقال من ياكل
ذلك بعد ان سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يعني قوله عليه السلام
خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم وفي فتاوى الولوالجي
اكل الخفاش والفاختة والعقعق لا باس به لانه ليس بذي ناب
من السباع ولا ذي مخلب من الطيور وفي اكل الهدهد لا باس
به لانه ليس بذي مخلب من الطيور وقال محمد بن ... صاحبه
في عيثا وان ولا يوكل الخفاش لانه ذو ناب وعنه يكره لا كل ذي

ليس

ليس ينهى عنه اذا كان لا يصطاد بنابه **قوله** وقال ابو حنيفة
لا باس باكل العقعق ذكره تفريعا على مسالة المختصر
قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال ابو يوسف
سالت ابا حنيفة عن العقعق فقال لا باس به فقلت انه
ياكل الجيف فقال انه يخلط بشيء آخر فحصل من قول ابي حنيفة
ان ما يخلط لا يكره اكله بدلالة الدجاج وقال ابو يوسف
يكره لان غالب اكله الجيف وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ولا خير في اكل النسر والعقاب واشباههما
لانه ذو مخلب من الطير ولانه ياكل الجيف فيفسد لحمه
وكذلك البازي والصقر لانه ذو مخلب وكذلك العقعق يريد
به اللقلق لانه ياكل الجيف واما العقعق والزرزور
واشباه ذلك مما لا مخلب له فلا باس به وكذلك غراب الزرع
لانه يتوقى الجيف وياكل الحب وقد قيل ان العقعق ياكل
الجيف فاني كرهت اكله ويكره الغراب الابقع لانه
لا ياكل الا الجيف الى هنا لفظ شرح الكافي وقال الكرخي في
مختصره قال ابو يوسف في السنجاب والفنك والسمور
والدلق كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يوكل
لحمه وذكر لانه من ذوات الناب فيدخل في عموم الخبر
قوله ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور
والحشرات كلها وهذه مسالة القدوري الا قوله والسلحفاة
والزنبور فان ابا حنيفة كرههما في الجامع الصغير وقال في شرح
الاقطع قال الشافعي يجوز اكل الضبع والقنفذ وابن عرس
ولا يكره اما الضبع فقد مر بيانه قبل هذا واما الضب
فوجه قول الشافعي ما روي في شرح الآثار مسندا الى ابن عباس اهدت
خالتي ميمونة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اقطا وسمنا واضبا
فاكل النبي صلى الله عليه وسلم من الاقط والسمن ولم ياكل من الضب
واكل على مائدة النبي صلى الله عليه وسلم وجه الاستدلال انه لو كان
حراما لم يوكل على مائدة النبي صلى الله عليه وسلم ولنا ما روي في شرح
الآثار مسندا الى عبد الرحمن بن حسنة قال نزلنا ارضا كثيرة
الضباب فاصابتنا مجاعة فطبخنا منها وان القدور لتغلي بها
اذ جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما هذا فقلنا ضباب اصبناها

فقال إن أمة من بني إسرائيل مسخت دواب في الأرض وإني أخشى
أن يكون هذه فلا تأكلوها وإنه مستخبث فيدخل في قوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وكذلك السلحفاة من الخبائث فيكره أكلها
والزنبور من هوام الأرض فيكره أكله استدلالاً بالضب ولأن
النبي صلى الله عليه وسلم كره أكل الضب لأنه من الهوام فيكون
النص الوارد فيه كالوارد في غيره من هوام الأرض وكذا ذكر
محمد لفظ الكراهة في هوام الأرض لأن حرمة هوام الأرض
استدلالاً بالضب والثابت في الضب الكراهة فكذا هذا وقال
الطحاوي في شرح الآثار وصح إباحة أكل الضب ثم قال لا بأس
بأكل الضب فقال وهو القول عندنا والجواب عما تمسك الخصم فنقول
ما رواه يدل على الإباحة وما رويناه يدل على التحريم فكان ما رويناه
أولى لأن تارك المباح ليس عليه شيء وفاعل الحرام يأثم فيعارضا
أو نقول لما كان التاريخ مجهولاً يجعل المحرم مؤخراً عن المباح فيكون
ناسخاً له تقليلاً للنسخ وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في شرح
الجامع الصغير روي عن أبي عبد الله البلخي أن رجلاً من أصحاب
محمد ذكر الزنبور فقال لا بأس أعلمك فقال صاحبك يعني أبا حنيفة
فقال له أيش قال فإنه كره أكل الزنبور فقال له محمد هو الزنبور
وقال أبو القاسم بن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع ولا بأس
بأكل السرطان والسلحفاة والضفدع ثم قال فيه ولا بأس بأكل
الطير كلها ما كان منها ذا مخلب وغير ذي مخلب كالنسر والعقبان
والرخم والحدأة والغربان وسائر سباع الطير وهي ذكر كلاب
سباع الوحوش ولا يؤكل شيء من سباع الوحوش إلى هنا لفظ التفريع
وقال الغزالي في وجيزه ولا يحرم الضب والضبع والثعلب
وأما ابن آوى وابن عرس ففيه تردد لشبهه بالثعالب
والكلب ثم قال وأما ما ظهر لكل السحور واستخباثه بالثعلب
والغراب الأبقع حرام وفي الأسود الكبير تردد وأما غراب
الزرع فيحتمل أنها تشبه الرخم ثم الأرض فالأظهر حلها ثم قال
وفي الهدهد تردد والأظهر أن للعلق حلال كالكركي
ثم قال وأما ما استخبثته العرب فحرام كالحشرات ثم قال وفي الصرارة
تردد وفي القنفذ وجهان وما أشكل منه يرجع فيه إلى
العرب كذا في وجيزه وقال الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل ولا بأس
بأكل

بأكل الضب والضبع [قوله] والحشرات هي صغار دواب الأرض واحدتها
حشرة [قوله] فأما لا يكون أكل لحم الحمر الأهلية والبغال
إلى قول القدوري في مختصره وقال القدوري في شرحه لمختصر
الكرخي وحكي عن بشر المريسي أنه قال لا بأس بأكل الحمار
وقال شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الصيد
يكره أكل لحوم الحمر الأهلية في قول علمائنا وعامة العلماء وقال
أهل الشام بأنه لا بأس بأكله وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي
في شرح الكافي ويكره لحوم الحمر الأهلية والبغال وقال
مالك بعض فقهاء الشام لا بأس به إلى هنا لفظ شرح الكافي و
أراد ببعض فقهاء الشام الأوزاعي نص صرح فخر الإسلام في شرح
الجامع الصغير ويحتمل أن يكون عن مالك روايتان في لحم الحمار
لأنه قال في كتاب التفريع لأبي القاسم ابن الجلاب المالكي البصري
ولا بأس بأكل الحمر الوحشية ولا يؤكل الحمر الأهلية ولا البغال
ويكره أكل لحم الخيل إلى هنا لفظ التفريع وهم احتجوا بما روي
في شرح الآثار وغيره مسنداً إلى عبد الرحمن بن معقل
عن عبد الرحمن بن بشر عن رجال من مزينة من أصحاب رسول الله
النبي صلى الله عليه وسلم من أبجر أو ابن أبجر أنه قال يا رسول الله لم
يبق من مالي شيء أستطيع أن أطعم أهلي إلا حمراً لي قال
فأطعم أهلك من سمين مالك فإنما كرهت لكم جوال القرية وإنه
يحل لحوم من الحمر الأهلي أيضاً كما قال لحم الفقر وعلماؤنا
استدلوا بظاهر الكتاب واحتجوا بالسنة أما الكتاب فقوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة بيانه أن الآية خرجت
مخرج الامتنان وقد من الله تعالى بمنفعة الركوب والزينة
وحمل الأثقال فقال والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها
تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم
إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس إن ربكم لرؤوف رحيم
فلما لم يذكر هنا منفعة الأكل مع أنه أقوى منفعة الركوب والزينة
دل أنه إنما لم يذكره لأن هذه الأشياء غير مأكول اللحم وأما السنة
فما روى البخاري مسنداً إلى سالم ونافع عن ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر وحدث البخاري أيضاً بإسناده إلى علي
قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المتعة عام خيبر وعن لحوم الحمر الإنسية

وحدث ايضا باسناده الى جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية ورخص في لحوم الخيل وحدث
ايضا باسناده الى الشيباني قال سألت ابن ابي اوفى قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم
عن لحوم الحمر وحدث ايضا باسناده الى ابي ثعلبة قال حرم
رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية وحدث الترمذي
باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وعن الجلالة وعن ركوبها
واكل لحمها وحدث الطحاوي باسناده الى مجاهد عن ابن عباس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن اكل لحوم الحمر الاهلية
وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى عبد الله بن ابي سليط عن ابيه
بدريا قال اتانا نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل لحوم
الحمر ونحن بخيبر وان القدور لتفور بها فاكفأناها على
وجوهها وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابن سيرين عن انس بن
مالك قال لما افتتح النبي صلى الله عليه وسلم خيبر اصابوا حمرا فطبخوا
منها فنادى منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان الله ورسوله
ينهيانكم عنها فانها رجس فاكفئوا القدور والاحاديث
في هذا الباب متواترة تدل كلها على تحريم لحوم الحمر والجواب
عن حديث غالب بن ابجر فنقول المراد منه الحمر الوحشية بدليل قوله
صلى الله عليه وسلم فاني كرهت لكم جوال القرية او نقول اباح لكم للضرورة
بعد كلب الضرورة فلا يحل في غيره الامر انه ما حدث الطحاوي
في شرح الآثار مسندا الى غالب بن ذريح قال قيل للنبي صلى الله عليه وسلم
انه اصابتنا سنة وان سمين مالنا في الحمير فقال كلوا من سمين
مالكم فاخبر انه كان اباح لهم من كدر كانت عام سنة وضرورة ولا
يدل ذلك على الاباحة في غير حالة الضرورة او نقول حديث غالب بن
ابجر يدل على الاباحة وما روي غيره يدل على التحريم والتاريخ مجهول
فيجعل دليل الحرمة مؤخرا تقليلا للنسخ او نقول معنى قوله
كلوا من سمين مالكم اي كل من ثمنه [illegible] اختاره اي ثمنه
كذا البغال حرام اكلها لقوله تعالى والخيل والبغال الآية
[illegible] الولد يتبع الام في الحكم [illegible]
البغل اما الفرس او الحمار فاما ما كان امه اتانا فالبغل مكروه لان الام
مكروه الاكل عند ابي حنيفة قال العلوي في شرحه والذي ارى

ان ما ثبت عن لحوم الحمر فنسخت قوله تعالى قل لا اجد فيما
اوحي الي محرما على طاعم يطعمه بعد ما خصت بانه عامة
لعمومه على تخصيصها بالحلية والوضوع الى ولذا التخصيص
اولى والذي روى عن عمرو بن دينار قال قلت لجابر بن زيد انهم يزعمون
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الاهلية قال كان
الحكم بن عمرو الغفاري والحسن يقول ذلك عندنا بالبصرة
وابى ذلك البحر يعني ابن عباس [illegible] وهو
انه رجع في المنع عن اكل الخيل بالآية وهذا يقتضي المنع من اكل
لحم الحمير قال ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه واما
البغال ان كان الفرس نزا على الحمار يكره لان لحم الاتان
عبرة بالاجماع واما الحمار اذا نزا على الرمكة فكذلك يكره هذا
على قول ابي حنيفة واما على قولهما فلا بأس به لانه ليس لماء
الفحل عبرة فيبقى ما للام وعندهما لا بأس باكل الام ويتنكر ان
انه يسمى بغلا والظاهر ان الاول قول الكل اي قولهما لفظا ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم جوال القرية جمع جالة بالتشديد بمعنى
جلالة وهي آكلة العذرة قوله ويكره لحم الفرس
عند ابي حنيفة هذا لفظ القدوري في مختصره وقال محمد
في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كره ابوال الابل
واكل لحوم الفرس وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بذلك اما ابوال
الابل فكذا بول كل ما يؤكل لحمه حرام نجس عند ابي حنيفة وقال محمد
هو حلال طاهر وقال ابو يوسف مثل قول ابي حنيفة الا انه قال
لا بأس بشربه للتداوي وقد مر في كتاب الطهارة في فصل
البير وقول ابي يوسف ومحمد هنا ينصرف الى لحم الفرس
واما البول فلا ينجس عند ابي يوسف فانما اطلق شربه
للتداوي كذا قال فخر الاسلام وقال الطحاوي في مختصره
وكان ابو حنيفة يكره لحوم الخيل وكان ابو يوسف ومحمد لا يريان
بأسا وقال الكرخي في مختصره لا يؤكل الخيل ولا البغال ولا الحمير
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤكل لحوم الخيل
فانهما قالا لا بأس بذلك الى هنا لفظ الكرخي وقال في
الاصل اكره لحوم الخيل [illegible] قول ابي حنيفة وهو
قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي انه لا بأس باكله

وهي قوله تعالى والخيل والبغال والحمير

تشديد اللام

لهم قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه
الا ان يكون ميتة والخيل ليس من جملة المستثنى فيكون في [illegible]
من جملة المستثنى منه وهو قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما وذكر
البخاري في جامعه الصحيح باسناده الى جابر بن عبد الله قال نهى النبي
صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر ورخص في لحوم
الخيل وقال القدوري في شرحه روي عن انس بن مالك انه قال
اكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الطحاوي
في شرح الآثار عن ابي حنيفة انه يكره ولانه [illegible] ليس بادمي
سؤره طاهر من غير ضرورة فيوكل قياسا على الشاة والبقر
ولا يلزم سؤر الهرة لان سؤرها ضرورة وهو الطوف
علينا ولا يلزم سؤر الحمار لانه مشكل حتى لو توضأ به لم يجز
ولو توضأ بسؤر الفرس جاز ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة والاستدلال لما ذكرنا في لحم الحمر وروى
ابو داود في السنن باسناده الى خالد بن الوليد ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن اكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب
من السباع وقال الكرخي في مختصره حدثنا الجوزي قال حدثنا
هارون بن راشد المستملي قال حدثنا محمد بن يحيى قال [illegible]
قال حدثنا ابو سلمة سليمان بن سليم عن صالح بن يحيى عن جده المقدام بن
معدي كرب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم الحمر
الاهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب
من الطير وقال الكرخي ايضا حدثنا يحيى قال حدثنا وكيع
قال حدثنا ابن ابي ليلى عن المنهال بن عمرو عن سعيد بن جبير
عن ابن عباس في هذه الآية والخيل والبغال والحمير لتركبوها
قال فصل عن لحوم الخيل يكرهها وتلا هذه الآية ولانه حيوان
اهلي ذو حافر فيكره اكله قياسا على البغل والحمار ولان في
اباحة اكله تقليل مادة الجهاد وهو حرام ولا يشكل ان منفعة
حيوانه تربو على منفعة لحمه بوجوه قال في شرح
الاسلام خواهرزاده كان الحاكم الشهيد [illegible] يقول
ان الولد في الحل والحرمة يتبع الام دون الفحل بدليل
ان حمار الوحش لو نزا على اتان اهلي فولدت لم يحل
ولده اعتبارا بالام ولو نزا حمار اهلي على اتان وحشي
فولدت

تولدت وكذا قال الولد يحل فصح ان العبرة في حل الولد وحرمته في جانب
الام لا في جانب الفحل واجمعنا ان حمارا لو نزا على رمكة لا يحل
ولدها وهو البغل فدل ان الام محرم الاكل اذ لو كان حلال
الاكل لما حرم البغل بسبب حرمة الفحل وهذا الاحتجاج ليستقيم
على ابي يوسف ومحمد لا على ابي حنيفة فان الولد عنده يتبع الفحل حتى لو نزا
حمار اهلي على اتان وحشي لا يحل الولد عنده فيحتج عليه من
وجه آخر فنقول حيوان له سهم مقدر في الغنيمة فلا يحل
قياسا على الرجل لانه احدى الفرائس الثلاث فيكره اكله
قياسا على البغل والحمار لان الفرسان في التطير لوجب الاستواء
في الحكم عنده وكذا عندهما اذا كان في الحمل النقصان وفيما
حكي عنه كذلك والجواب عن تمسك الخصم بالمنقول فيقول كذلك
على الاباحة وما تمسكنا يدل على التحريم فيقول دليلنا آخرا
ناسخا للاباحة تعليلا للنسخ وقولهما ان سؤره طاهر
قلنا ذكر خواهرزاده في شرحه ان الحسن روى عن ابي حنيفة ان سؤره
مشكل مثل سؤر الحمار فان اخذنا بهذا فالسؤال ساقط ولئن سلمنا
فالجواب عنه ان حرمة اكل لحم الفرس انما كانت عند ابي حنيفة للاحترام
من حيث انه حيوان يقع به ارهاب العدو ويكون معدودا من جملة
العسكر لا للنجاسة والحرمة متى كانت للاحترام لا للنجاسة لا
توجب نجاسة السؤر كما في الآدمي والله اعلم وحكاية الفعل في حديث
انس واسماء يحتمل وجوها بان يكونوا فعلوا لضرورة ويحتمل
انه لم يبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يقوم به الحجة قوله ثم قيل
الكراهية عنده كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه قال في
العتابي الصغرى قال قاضي اسبيجاب انه كراهة تنزيه لانه
ذكر في كتاب الصلوة وسوى بين بوله وبول ما يوكل لحمه قال وعن
وحكي عن الشيخ الامام عبد الرحيم الكرميني انه قال كنت مترددا
في هذه المسئلة فرأيت ابا حنيفة في المنام يقول لي كراهة تحريم
يا عبد الرحيم والشيخ ابو جعفر الطحاوي مال في شرح الآثار الى
قولهما وذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير انها كراهة تنزيه
قال الشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي يكره
لحوم الجلالة والعمل عليها وذكر حالها الى ان تحبس اياما و
لعلفها لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن اكل لحوم الجلالة

ولان تناول النجاسة يوجب تغير لحمها فيوثر في ذلك كله وانما حرم
العمل عليها لانها تعرق فيتغير نتنها في حملها فحرم ركوبها
لهذا المعنى وليس للدجاج كذلك لان الاثر في الجلالة ولبنها
عشر ذلك والدجاج يخلط بالعذرة وغيره والفقه فيه ان الدجاج
المخلاة لا يتناول النجاسة وانما يتناول الحبات من السرقين فلا يكره
اكلها حتى اذا علم انها تتناول النجاسات فلينا كره اكلها الى
ان تحبس وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ولم تقدر
في ذلك مقدارا في الكتاب وروي عن رواية الاصول انه تقدر في الابل
شهرا وفي البقر عشرين وفي الشاة عشرة ايام وفي الدجاجة
ثلاثة ايام ثم قال وفي بعض الروايات عشر في الابل وفي البقر
عشرين وفي الشاة عشرة وفي الدجاجة ثلاثة ايام وقال الولوالجي في
فتاواه ذكر في النوادر لو ان جديا غذي بلبن الخنزير فلا باس باكله
لانه لم يتغير لحمه وما غذي به صار مستهلكا لم يبق اثره وعلى هذا
نقول لا باس باكل الدجاجة تخلط بالعذرة لانه لا يتغير لحمه
والذي يروى انه تحبس الدجاجة ثلاثة ايام فذاك على سبيل التنزه قوله
اما لبنه فقد قيل انه لا باس به لانه ليس فيه تقليل الة الجهاد ... مباحا كله
الحدود وقال الكرخي المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك — مسئلة اكل البنج حلال ه
وقال فخر الدين قاضي خان فاما الالبان فلبن المأكول حلال ولبن
الرماك كذلك في قول ابي يوسف ومحمد ويكره في قول ابي حنيفة واختلفوا
في كراهيته وقال بعضهم مكروه كراهة التنزيه لا كراهة التحريم
وذكر شمس الائمة السرخسي في اصل الكلام انه مباح كالبنج وعامة
المشايخ قالوا هو مكروه كراهة التحريم الا انه لا يحد وان زال
عقله كما لو تناول البنج وارتفع الى راسه حتى زال العقل يحرم ذلك
ولا يحد فيه قوله ولا باس باكل الارنب وقال القدوري في
مختصره وقال الكرخي في مختصره ولم يروا جميعا باسا باكل الارنب
قال ابو يوسف فاما الوبر فلا احفظ فيه عن ابي حنيفة شيئا وهو عندي
مثل الارنب وهو يعتلف البقول والنبات هذا لفظ الكرخي
قال في الجمهرة الوبر دويبة اصغر من السنور طحلاء اللون لا ذنب
لها تدجن في البيوت وتجمع على وبار والاصل في حل الارنب — اي تألف ه
ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى انس قال انفجنا
ارنبا ونحن بمر الظهران فسعى القوم فلغبوا فاخذتها

وبعث بها الى ابي طلحة فذبحها فبعث بوركها او فخذها الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقبلها قوله انفجنا ارنبا اي اثرناه واغريناه
ومر الظهران قريب من عرفة كذا في الفائق وروى صاحب السنن
باسناده الى عاصم عن الشعبي عن محمد بن صفوان او صفوان بن محمد
قال اصدت ارنبين فذبحتهما بمروة فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم
عنهما فامرني باكلهما وروي في الاصل عن موسى بن طلحة ان اعرابيا اهدى
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ارنبا فقال لاصحابه كلوا وقال انا ما
يكره اكله من صيد البر والبحر وفي الاصل لانه ليس الارنب هل ذي
باكلها باسا قال لا وذلك لما رويناه من الاحاديث ولانه صيد ليس
من جملة سباع الطير ولا من جملة سباع الوحش ولا ياكل الجيف فلا
يكون باكله باس كالظبي قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وانما
اورد هذا لاشكالين احدهما ان للارنب شبها بالحمار فان اذنه تشبه
اذن الحمار والحمار حرام والثاني ان من الناس من يزعم ان الارنب
تحيض فكان لها شبه بالادمي فيحرم اكله كما حرم ابو حنيفة
اكل الفرس لان لها شبها بالادمي من حيث انه يستحق بها سهما
من الغنيمة كالرجل قوله قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر
لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان الذكوة لا تعمل فيهما اي قال
القدوري في مختصره وقال الحاكم الشهيد في اخر كتاب الصيد
من الكافي ولا تكره الصلوة على جلد ما يكره اكله من ذي الناب اذا
ذبح او دبغ وهذا الذي ذكره الحاكم هو الذي اعتمد عليه عامة اصحابنا
وعلى قول نصير بن يحيى وابي جعفر الهندواني انه لا تجوز
الصلوة معه وقد ذكرناه في اول الكتاب وذلك لان المنجس هو
الدم المسفوح بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وافرى الاوداج
فكل وكل ذي ناب سوى الخنزير ليس بنجس العين بل نجاسته لغيره
فتزول ذلك بالذبح وكذلك الدباغ يزيل الرطوبات فيجعلها كان
لم يتصل بالجلد وقد قال صلى الله عليه وسلم ايما اهاب دبغ فقد طهر
وقال الشافعي لا يؤثر الذكوة في جميع ذلك لانها ذكوة لا تفيد
اباحة اكل المذبوح فلا تفيد طهارة جلده كذكوة المجوسي والوثني
قلنا العلة تبطل بذكوة الشاة المسموحة بالدباغ والمعنى في الاصل
انه ليس من اهل الذكوة بخلاف المسلم الا ترى انه لو ذبح شاة
لا تفيد اباحة اكلها فكذلك لا تفيد طهارة ما لا يؤكل والعلم بخلافه

فإن قيل كما أن المجوسي ليس من أهل الذكاة فكذلك الكلب ليس من جنس
ما يذكى ولا فرق بين أن يكون الذابح من غير أهل الذكاة وبين
أن لا يكون المذبوح من جنس المذكى ألا ترى أن المسلم لو ذبح خنزيرا
لا يحل أكله كما أن المجوسي لو ذبح شاة لا يحل أكلها قلنا اتفقنا على
أن المجوسي ليس من أهل الذكاة ولم يتفقوا على أن الكلب والفهد ليسا
من جنس المذكى بل هو من جنس المذكى لأنه مختلف في إباحة أكله
كذا في مختصر الأسرار قوله فلا بد من الدباغ يعني لما كان ذبح
المجوسي إماتة في الشرع لا ذكاة لا يحصل به الطهارة للجلد
فلا جرم لم يكن بد من الدباغ ليحصل طهارة الجلد قوله وينتفع
به في غير الأكل يعني الاستصباح ودهن الجلد وغير
ذلك قوله ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك أي قال القدوري
في مختصره وكره أصحابنا كل ما في البحر إلا السمك خاصة فإنه حلال
أكله إلا ما طفا منه فإنهم كرهوه لما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عنه إلى هنا لفظ الكرخي في وقال شيخ الإسلام أبو بكر
المعروف بخواهر زاده في شرح المبسوط ويكره كل ما سوى السمك
من دواب البحر عندنا كالسرطان والسلحفاة والضفدع وخنزير
الماء وقال ابن أبي ليلى ومالك لا بأس بأكل جميع ما في البحر
من الدواب وقال ابن الجلاب المالكي ولا بأس بأكل الجري من الحيتان
كلها كان أو ترابيا وصيد البحر كله حلال ويكره أكل كلب
الماء وخنزيره من غير تحريم له إلى هنا لفظه لهم ظاهر قوله تعالى
أحل لكم صيد البحر وطعامه من غير فصل وقوله صلى الله عليه وسلم
حين سئل عن التوضي بماء البحر هو الطاهر ماؤه والحل ميتته
رواه أبو هريرة في السنن وغيره وروى في السنن مسندا إلى جابر
قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر علينا أبا عبيدة بن
الجراح نتلقى عيرا لقريش وزودنا جرابا من تمر لم يجد غيره
فكان أبو عبيدة يعطينا تمرة تمرة كنا نمصها كما يمص الصبي ثم نشرب
عليها الماء فتكفينا يومنا إلى الليل وكنا نضرب بعصينا الخبط
ثم نبله بالماء فنأكله قال وانطلقنا على ساحل البحر فرفع لنا
كهيئة الكثيب الضخم فأتيناه فإذا هو دابة تدعى العنبر فقال
أبو عبيدة ميتة فلا تحل لنا ثم قال لا بل نحن رسل رسول الله
صلى الله عليه وسلم وفي سبيل الله عز وجل وقد اضطررتم فكلوا فأقمنا

وقال الكرخي في مختصره

عليه

عليه
شهرا ونحن ثلاثمائة حتى سمنا فلما قدمنا إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم ذكرنا ذلك له فقال هو رزق أخرجه الله لكم فهل
معكم من لحمه شيء فتطعمونا فأرسلنا إلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فأكل وهذا الحديث يدل على إباحة ما في البحر سوى
السمك ولأنه صيد بحري فيؤكل قياسا على السمك وعلماؤنا
احتجوا بظاهر قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهو
يتناول بعمومه ميتة البر والبحر جميعا إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم
استثنى السمك والجراد فبقي ما وراءه داخلا تحت التحريم
وقال تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك من دواب البحر
من جملة الخبائث لأن الطبع يستقذره فيحرم جميع ما في البحر
سوى السمك عملا بهذا الظاهر وروى صاحب السنن بإسناده
إلى سعيد بن المسيب عن عبد الرحمن بن عثمان الأنصاري أن طبيبا
سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ضفدع يجعلها في دواء فنهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن قتلها ولأنها ميتة فلا تحل كالميتات
ولأن الحيوان المتوحش في أصل الخلقة على نوعين بري
وبحري ثم البري مباح ومحظور فينبغي أن يكون البحري كذلك
والجواب عن تعلقهم فنقول المراد منه حل الاصطياد لا
حل الأكل بدليل ما تلونا وما روينا والاصطياد ما سوى السمك
من دواب البحر لمنافع أخر سوى الأكل حلال كحل اصطياد
السمك والجواب عن تعلقهم بقوله صلى الله عليه وسلم والحل
ميتته فنقول المراد منه ميتة السمك ولئلا يلزم المعارضة
بين خبر الواحد وبين قوله تعالى حرمت عليكم الميتة فلا يكون
لأن من شرط المعارضة هو المساواة أو نقول السمك مراد من
الحديث بالإجماع فمن ادعى دخول ما سوى السمك فعليه
البيان ونحن ننكره لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة وقوله
تعالى ويحرم عليهم الخبائث والجواب عن حديث العنبر فنقول
المراد منها السمك الطافي لأن البخاري حدث بإسناده
إلى جابر قال غزونا جيش الخبط وأمر أبو عبيدة فجعنا جوعا
شديدا فألقى البحر حوتا ميتا لم نر مثله يقال له العنبر فأكلنا
منه نصف شهر فأخذ أبو عبيدة عظما من عظامه فمر
الراكب تحته وأراد بالخبط الورق المجموع فقال يعني يضربون بالعصا لينفض

قوله قال ويكره اكل الطافي منه اي قال القدوري في مختصره
وقال مالك والشافعي لا باس به وهو قول احمد ايضا لظاهر قوله
صلى الله عليه وسلم هو الطهور ماؤه والحل ميتته من غير فصل
بينهما اذا مات بآفة او بغير آفة وقوله صلى الله عليه وسلم ودمان
احلت لنا ميتتان السمك والجراد والكبد والطحال وروي
عن انس انه قال اشهد ان ابا بكر اكل الطافي ولانه حيوان يحل
من غير جرح فيحل منه ما مات بآفة وبغير آفة كالجراد
ولنا ما حدث ابو داود في السنن باسناده الى جابر بن عبد الله قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ما القى البحر او جزر عنه فكلوه وما
مات فيه وطفا فلا تاكلوه وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا
ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل ما جزر عنه الماء وما قذف به
ولا تاكل ما طفا وقال القدوري في شرحه روي عن علي انه قال
لا تبيعوا في اسواقنا الطافي والجواب عما تعلقوا ان ذلك عام
خص بما روينا وان ذلك مبيح وهذا محرم والمحرم اولى
وجزر النهر يجزر جزرا اذا انكشف ماؤه والجزر ضد المد
قوله ينضب عنه الماء والنضوب ذهاب الماء قوله قال
ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد
بلا ذكاة اي قال القدوري في مختصره والجريث الجري اي حل
اكل انواع السمك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان
ودمان السمك والجراد والكبد والطحال وروى محمد في الاصل
عن عمرو بن ابي ذئب عن عمرة بنت ابي الطبيخ قالت خرجت
مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها
في زنبيل فخرج راسها من جانب وذنبها من جانب فمر بنا
علي فقال بكم اخذت قالت فاخبرته فقال ما اطيبه و
ارخصه واوسعه للعيال ففيه دليل على ان الجريث يؤكل
لانه نوع من السمك فيحل كسائر الانواع وهذا الحديث حجة
لنا على بعض الروافض واهل الكتاب فانهم يكرهون اكل
الجريث ويقولون انه كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته
فمسخ به وهو حشو وكل نقول على نص الاسلام كذا قال خواهرزاده
في شرحه وروى محمد ايضا في الاصل عن ابن عباس انه
سئل عن الجريث فقال اما نحن فلا نرى به باسا واما اهل الكتا

فيكرهونه

فيكرهونه وكذا صح عن علي وابن عباس اباحة الجريث ولم يرو
عن غيرهما خلاف ذلك فحل محل الاجماع وكذا الجراد حلال
سواء مات حتف انفه او قتله الآخذ بان قطع راسه وقال
مالك لا يحل ما لم يقتله الآخذ بعد الاخذ اما ان يقطع راسه
او يشويه فاما اذا غفل عنه حتى مات حتف انفه او رجل
ليس في غرارة وما نبرأ فانه لا يحل كذا ذكر شيخ الاسلام
خواهرزاده في شرح كتاب الصيد وجه قوله انه صيد بري
حتى يجب على المحرم جزاؤه اذا قتله وصيد البر لا يحل
الا بالقتل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان وبه
يرد علينا كراهية الطافي لانه مخصوص بالحديث الآخر وقال
محمد في الاصل ايضا بلغنا عن علي بن ابي طالب انه قال ذكاة السمك
والجراد اخذه وقال الطحاوي وعن علي انه سئل عن الجراد ياخذه
الرجل من الارض وفيه الميت وغيره فقال كله كله فدل على
حل الجراد مطلقا سواء مات بآفة او بغير آفة فكان حجة لنا
على مالك حيث يقول لا يحل سواء مات حتف انفه او مات بعلة
بان اصابه المطر فمات ما لم يوجد من الآخذ فعل قوله ويؤكل
غيرها في السمك انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف
انفه لا يحل كالطافي ويتخرج عليه فروع كثيرة منها اذا ضربها
رجل فقطع بعضها يحل المبان والمبان منه لانه مات
بآفة وهو ظاهر والمبان من الحي وان كان ميتته حل المبان ههنا مثله
لان ميتته مستحلة بالحديث ومنها ان وجد في بطنها سمكة
اخرى او قتلها طير الماء لا باس باكلها لان الموت حصل بسبب
ظاهر وهو ابتلاع السمكة او قتل الطير ومنها اذا القى سمكة
في حب ماء فماتت فيه فلا باس به لانها ماتت بسبب ضيق
المكان عليها فكان موتها بآفة ظاهرة فيحل ومنها اذا جمعها
في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير
صيد لان الجمع في مكان ضيق سبب لموتها وان كان لا يؤخذ بغير
صيد فلا خير في اكلها لانعدام سبب ظاهر يحال الموت اليه
فكان موتها حتف انفها فلا يحل وقال القدوري في شرح
مختصر الكرخي فاما ما مات من الحر او البرد اي بكدر
الماء ففيه روايتان احداهما انه يؤكل لانه مات بسبب حادث

فهو كما لو القاه الماء على اليبس والرواية الاخرى لا يوكل لان
الحر والبرد صفة من صفات الزمان وليست من حوادث
الموت في الغالب والحلق الفذ ورى الروايتين ولم ينسبهما
الى احد وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح كتاب الصيد
ذكر في غير رواية الاصول خلافا وقال على قول ابي حنيفة
لا يحل وعلى قول محمد يحل وذكر في العيون عن ابي
يوسف في السمك اذا قتلها برد الماء روايتين لم يوكل وهو
بمنزلة الطافي وقال محمد يوكل لانه مات بآفة وقال القدوري
في شرحه ايضا وروى هشام عن محمد في السمكة اذا كان بعضها
في الماء وبعضها على الارض ان كان رأسها على الارض اكلت
لانه موضع نفسها فاذا كان خارجا من الماء كان الظاهر انها ماتت
بسبب وان كان رأسها واكثرها في الماء لم يوكل لانه موضع كونها
فكان الظاهر انها ماتت بغير سبب وان كان رأسها في الماء
واكثرها في الارض اكلت لانه ليس بموضع لحياتها فعلم الموت
بسبب وقال الولوالجي في فتاواه اذا ماتت السمكة في الشبكة
وهي لا تقدر على التخلص منها او اكلت شيئا القاه في الماء لتاكله
فماتت منه وذلك معلوم فلا باس باكلها لانها ماتت بآفة وكذا
كذلك لو ربطها في الماء فماتت لانها ماتت بآفة وقال في
الصغرى اذا وجد السمكة ميتا على الماء وبطنه من فوق
لم يوكل لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس
بطاف وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يحل صيد المجوسي
ولا ذبيحته الا فيما لا يحتاج فيه الى تذكيته من سمكة
وجرادة ونحوه ياخذها وما اشبه ذلك وكذلك المرتد ولا باس
بان يصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وبازه كما يذبح بسكينه
والله اعلم قوله لفقه المبرز علمها اي المتفوق على تلك
الفروع المبرز وهو السابق الفائق يبرز على اصحابه اذا
فاقهم من قول الجوهري يا اهل يثرب لكم جاكم اي الغاية
تبرزتا

١٣ كتاب الاضحية

اراد كتاب
الاضحية عقب كتاب الذبائح لان كلا واحد منهما يتعلق
بالذبح ثم ينبغي ان يعرف ان الاضحية من حقوق الاموال وحقوق الاموال
على ضربين منها ما يجب فيه التمليك كالزكاة ومنها ما يجب فيه الاتلاف

[هامش: فتاوى الجامع الاصغر]
[هامش: على]
[هامش: احال الى السابع عشر من مراتب المصنف]

كالعتق

كالعتق والاضحية من جنس العتق لان الواجب فيهما اراقة الدم
وهو اتلاف وليس الصدقة بلحمها واجبة ويجوز ان يقال
انها اقرب الشبه من الصلاة من العتق لان الواجب فيهما الاتلاف
ومن الولوالجي لان الشيخ لا يتصدق بلحمها كذا ذكر القدوري
في شرحه ثم الاضحية مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة
اما الكتاب فقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل المراد منه
صلاة العيد والتضحية كذا في الكشاف وروى ذلك عن ابن
عباس في تفسيره اي صل صلاة العيد وانحر الجزور كذا ذكر
شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه واما السنة فما روى البخاري
في صحيحه مسندا الى انس بن مالك قال كان النبي صلى الله عليه وسلم
يضحي بكبشين وانا اضحي بكبشين وعلى ذلك انعقد اجماع
الامة واذا ثبت انها مشروعة اختلفوا بعد ذلك في انها واجبة
ام سنة فقال الكرخي في مختصره والاضاحي واجبة عند ابي حنيفة
وزفر ومحمد والحسن بن زياد وفي احدى الروايتين عن ابي يوسف
روى الوجوب نصا عن محمد بن الحسن والحسن بن زياد وهشام بن
عبيد الله الرازي وروى عن ابي يوسف في الجوامع انها سنة و
ليست بواجبة الى هنا لفظ الكرخي والجامع اسم كتاب في الفقه
صنفه ابو يوسف وعند مالك والشافعي واحمد هي سنة كذا ذكروا
في كتبهم وقال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي وذكر
الطحاوي الاختلاف بين اصحابنا فقال في قول ابي حنيفة واجبة
وفي قولهما سنة مؤكدة وكل من وجبت عليه صدقة الفطر يجب عليه
الاضحية وتعتبر قيلا وتعتبر يسار من يجب عليه صدقة الفطر
في صدقة الفطر وجه السنة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذن من شعره واظفاره
شيئا فقد علقها بالارادة والواجب لا يتعلق بالارادة وقال
صلى الله عليه وسلم ثلث كتبت علي ولم تكتب عليكم الضحى
والاضحى والوتر ولان هذه قربة مالية لا تجب على المسافر
فلا تجب على المقيم قياسا على العقيقة كصدقة لان الشرع سوى
بين المقيم والمسافر في العبادات المالية كما في الزكاة وصدقة
الفطر وانما فرق بينهما في البدنيات وهذه قربة مالية فلو
كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر وجه الوجوب قوله تعالى

[هامش: الجامع ام]

فصل لم يكن له اخو قبل المراد به الاضحيه بعدما وجب تحريم الحزور
على النبي وما وجب على النبي صلى الله عليه وسلم وجب على غيره الا اذا قام
دليل الخصوص وهاهنا قد قام دليل الخصوص لقوله صلى الله عليه وسلم
كتب علي ولا نقول لكم قلنا في الواجب لا في المكتوب ثم الاضحيه
كانت مكتوبة على النبي صلى الله عليه وسلم ولست بمكتوبة علينا وذكر
شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه عن ابي هريرة عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن
مصلانا فقد الحق الوعيد لمن تركها مع السعة وانما يلحق
الوعيد بترك الواجب لا السنة وروى البخاري في الصحيح مسندا
الى جندب بن سفيان البجلي قال شهدت النبي صلى الله عليه وسلم يوم النحر
فقال من ذبح قبل ان يصلي فليعد مكانها اخرى ومن لم يذبح فليذبح
والامر بالاعادة دليل الوجوب وقوله فليذبح دليل الوجوب لان
مطلق الامر للوجوب وروى البخاري ايضا باسناده الى البراء بن عازب
قال ضحى خال لي يقال له ابو بردة قبل الصلوة فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم شاتك شاة لحم فقال يا رسول الله ان عندي داجن
جذعة من المعز فقال اذبحها ولا تصلح لغيرك وفي رواية في
الصحيح اذبحها ولن تجزي عن احد بعدك قال الكرخي في مختصره
قال ابو حنيفة لو كانت الاضحى تطوعا لم يقل لا تجزي عن احد بعدك
ولا يقال مثل هذا الا في الواجب ولان الاضحيه تضاف
اليها وقتها فيقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة والاضافة
للاختصاص ولا يكون الاختصاص الا بالوجوب والوجوب هو
الذي يفضي الى الوجود لا السنة لان المكلف يسبيل من تركها
فكانت الاضحيه واجبة كالجمعة والجواب عن حديث الارادة
فنقول المراد منها القصد الذي هو ضد السهو لا التخيير
بانه قال جاء له يحتبر من التزل والاثابة فعلم ان القصد لا
لنفي الوجوب كقوله صلى الله عليه وسلم من اراد منكم الجمعة فليغتسل
اي من قصد ولم يرد به التخيير فكذا هذا كذا ذكر خواهرزاده
في مبسوطه وهذا كما روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال من اراد الحج فليعجل ولم يدل على نفي ايجاب الحج بذكره الارادة
فكذا ما نحن فيه والجواب عن قياس الخصم فنقول
المسافر قد سقط عنه ما هو اكد من الاضحية كالجمعة وسقوط العرض

حتى

لحقيقته
حتى لا يتأتى عليه بذلك في السفر فكذلك سقطت عنه الاضحيه
ان الاداء يلحقه زيادة مشقة في اتيانه هذه القربة لانه لا بد
من شراء ما يصلح للاضحيه ثم انما يجد ذلك بدينا لا يجد في السفر
وفي يجد وانما يشترى احتاج الى حفظها الى ان يضحي بها فيتعسر
عليه ذلك حالة السفر ثم بعد الذبح يحتاج الى اصلاح اللحم
ومن ذلك لياكل او يطعم غيره فيتعسر ذلك ايضا فسقطت عن
المسافر دفعا للحرج ولم يوجد مثل هذا المعنى في
حق المقيم فلم يسقط عنه قياسا على اتمام لعدم الجامع ثم الاضحيه
فيها اربع لغات ذكرت ذكر الاصمعي وهي الاضحيه بضم الهمزة والاضحيه
بكسرها والجمع الاضاحي بالتشديد والضحيه والجمع ضحايا
والاضحاة والجمع الاضحى وبه الاضاحي ايضا بالتخفيف قوله
قال الاضحيه واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى
عن نفسه وعن ولده الصغار اي قال القدوري في مختصره
وقد بينا قبل هذا ان الاضحيه واجبة عند ابي حنيفة
فاعرف الان شرائط وجوبها وهي الحرية والاسلام والاقامة
واليسار والوقت وهو يوم الاضحى وانما شرط الحرية لانها قربة
مالية لا تصح اداؤها بلا ملك ولا ملك للرقيق وانما شرط الاسلام
لانها قربة والمنصور القربة من الكافر وانما شرط الاقامة لما
يلحق المسافر زيادة مشقة وقد مر بيان ذلك وانما شرط اليسار
لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح علق الوجوب بالسعة
ولا سعة للفقير والمراد من اليسار ان يملك مقدار مائتي درهم
فاضلا عن مسكنه واثاثه وكسوته وخادمه وسلاحه كما في
صدقة الفطر وانما شرط الوقت لاختصاص الاضحيه بيوم الاضحى
قال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال في الاصل ولا يجب
الاضحيه على الحاج وانما اراد بذلك الحاج المسافر فاما اهل
مكة فتجب عليهم الاضحيه وان حجوا كذا ذكر في شرحه وقال
في تحفة الفقهاء واما البلوغ والعقل هل يشترط فعند ابي حنيفة
وابي يوسف ليس بشرط حتى يجب على الصغير اذا كان غنيا في ماله
حتى يضحي الاب او الوصي من ماله للصبي وعند محمد وزفر لا تجب
على الصغير حتى يضمن الاب والوصي وبقول الاجناس عن
الهاروني اذا جاء يوم الاضحى وله مائتا درهم او اكثر لا مال له غيره

فيرى ذلك او هلك لم يجب عليه الاضحية وان جاء يوم الاضحى وماله
ثم استفاد مائتي درهم ولا دين عليه فيما مضى ونيته ذبح اضحية
وجب عليه الاضحية وذكر ابو علي الدقاق الرازي صاحب كتاب الحيض
ان في العقار والمستغلات اذا كان ملكا لرجل لا ينظر الى قيمته
وانما ينظر الى دخله وفي اصلاح علي الرازي وابي القاسم الخوارزمي
وابي عبد الله الزعفراني انه يعتبر قيمتها لا دخلها فاذا كان
الا منفعة قال ابو علي الدقاق ولو ان خبازا عنده حطب
قيمته مائتا درهم يخبز به او عنده ملح قيمته مائتا درهم او قصار
عنده صابون او اشنان قيمته مائتا درهم فجاء يوم الاضحى وذكر عنده
عليه الاضحية ولو كان له مصحف ويقرأ فيه قيمته مائتا درهم
وهو ممن يقرأ فيه لا مال له غيره لا اضحية عليه وان كان
ممن لا يقرأ فيه عليه الاضحية وان كان ممن يحسن ان يقرأ الا انه
يتهاون فيه فلا يقرأ ولا يستعمله فلا اضحية عليه وكان
عنده كتب فقه وحديث قيمته مائتا درهم وهو من اهل العلم
ممن يتفقه ويستعمله فلا اضحية عليه وان كان لا يحسن ذلك
فعليه الاضحية الى هنا مذكور في الاجناس وصاحب كتب الطب
والنجوم والآداب يعني بها ان كانت قيمتها مائتي درهم قوله بالنظر
الى الجنس اي الى جنس المكلفين وذلك لانهم لا يجتمعون على ترك
الواجب ظاهرا وقد يجتمعون على ترك ما ليس بواجب قوله والعتيرة
منسوخة يعني ان القياس على المنسوخ لا يجوز والعتيرة ذبيحة
كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسلمون
في صدر الاسلام فنسخت كذا في المغرب قوله كما بينا اشارة الى قوله
لشق على اكثرهم احضارها قوله مقداره اي مقدار الوسع
قوله ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه — بلغ المقابله
وعن ولده الصغير اعلم انه لا يضحي عن ولده الكبير ولا عن
امرأته لانه لا يؤدي عنهما زكوة سائر الواجبات فكذا هذا
اما التضحية عن ولده الصغير فهل يجب عليه فعن روايتان
فعلى رواية الاصل لا يجب ولكن تستحب لانه عبادة فيه هو احب الي
وافضل من تركه وعلى رواية الحسن في المجرد عن ابي حنيفة يجب
على الاب ان يضحي عن ولده الصغير اذا لم يكن له مال وكان الكسائي
فكرا ان الاضحية نظير صدقة الفطر من حيث ان شرط كل واحد

منها

منها غني محترم لقصد القربة يعني لوجوب الزكوة ولان كل واحد منهما
قربة مالية تتعلق بيوم العيد فكما يتأدى صدقة الفطر من هذا الوجه
ثم لما وجب على الاب ان يؤدي صدقة الفطر عن ولده الصغير ان
كان معسرا ولم يكن للصغير مال يجب ايضا ان يضحي عنه على
قول ابي حنيفة وجه ظاهر الرواية ان صدقة الفطر اجريت مجرى
المؤونة لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عمن تمونون وجاز ان يجب مؤونة
الانسان على الغير كما في نفقة المرأة فاما الاضحية فانها قربة
محضة ليس فيها معنى المؤونة ولا يجوز اداء القربة عن الغير وهو
الاصل ولهذا لا يجب التضحية على المولى عن عبيده وهذا اذا لم يكن
للصغير مال فاما اذا كان له مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله
عند ابي حنيفة وابي يوسف ولكن لا يتصدق باللحم لان الواجب هو اراقة
الدم فاما التصدق باللحم فانه تطوع ومال الصغير لا يحتمل
التبرع فينبغي ان يطعم الصغير ويدخر له ويستبدل اللحم
بالاشياء التي ينتفع بها الصغير مع بقاء اعيانها كما في جلد
الاضحية كذا في التحفة قوله والخلاف في هذا كالخلاف
في صدقة الفطر قال القدوري في شرح مختصر الكرخي تكلم اصحابنا
المتأخرون في هذه المسئلة فمنهم من قال انها محمولة على صدقة الفطر
تجب في مال الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر
ومنهم من قال لا تجب في قولهم جميعا لان الواجب في الاضحية اراقة
الدم والصدقة بها تطوع وذلك لا يجوز في مال الصغير ولا يقدر
الصغير في العادة ان يأكل جميعها ولا يجوز ان يباع فلذلك لم يجب
والصحيح ان يقال انها تجب ولا يتصدق بها لان ذلك تطوع و
لكن يأكل منها الصغير ويدخر له قدر حاجته ويبتاع له بالباقي
ما ينتفع به كما يجوز ان يبتاع البالغ بجلد الاضحية قوله
ان يضحي من ماله ويأكل منه اشارة الى ما ذكره القدوري بعد هذا
بعد ذكر ان الاصح ان يضحي الاب او الوصي من مال الصغير ويأكل
الصغير من الضحية ويدخر له قدر حاجته ويبتاع الاب او الوصي
بما بقي بعد ذلك ما ينتفع بعينه كالمنخل والغربال ونحو ذلك
ولا يتصدق باللحم اصلا لان مال الصغير لا يحتمل ذلك
قوله فالذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة
عن سبعة اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الاضحية يجوز من ثلاثة اشياء

يجوز لا بل في البقر والغنم وسيجيء بيانها فيما ان الشاة لا تجزئ الا عن واحد
اجماعا وانها اقل ما يجب والبدنة تجزئ عن سبعة اذا كانوا يريدون
بها وجه الله تعالى وكذا البقرة وان كان احدهم يريد اللحم لم تجز
عن الكل وكذا لو كان نصيب احدهم اقل من السبع لم تجز واما اذا كانوا
الثالث انه من سبعة ونصيب احدهم الثلث والآخر النصف والآخر الربع جاز
بعد ان يكون نصيب احدهم اقل من السبع هذا اذا اشتركوا فيما اشتروا
او اشترى احدهم بنية الاشتراك ثم اشترك بعد ذلك يجوز
الاضحية ولكن تصدق بثمنه ما باع ويستوي الجواب اذا كان الكل
من جنس واحد او من اجناس مختلفة احدهم يريد جزاء الصيد
والآخر هدي المتعة والآخر الاضحية بعد ان يكون الكل
لوجه الله تعالى استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر
كذا في شرح الطحاوي قال في الاصل اذا اتت القوم يشتركون
في البقرة والناقة يضحون عن سبعة اجزأتهم قال نعم قلنا
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز الا عن واحد اعتبارا بالشاة
ولانها احدى الانواع التي يتأدى بها هذه القربة فلا يجوز الا عن الواحد
عن سبعة كالشاة لان القربة تقع باراقة الدم ولن يتجزأ في البعير
او البقر الا اراقة واحدة فلا يجوز الا عن الواحد وجه الاستحسان
ما روى صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله قال نحرنا
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية البدنة عن سبعة
والبقرة عن سبعة وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار باسناده
الى علي بن ابي طالب قال البقرة تجزئ عن سبعة يضحون بها فتركنا
القياس بالسنة والاثر قوله ويجوز عن خمسة او ستة او
ثلاثة ذكره محمد في الاصل اي يجوز البقرة او البدنة واما ذكره تفريعا
على مسئلة القدوري قال في الاصل اذا اعد ان ذبح البقرة عن
خمسة او ستة او ثلاثة هل تجزئهم قال نعم قال شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده وذكر انما جاز عن السبعة تجوز عما دونها بالطريق الاولى
وكان قد ذكره التقييد بالسبعة لمنع الزيادة لا لمنع النقصان
ولا تجزئ البقرة او البعير عن اكثر من السبعة عند عامة
العلماء قال القدوري في شرحه وقال مالك تجزئ عن اهل البيت
وان زادوا على سبعة ولا تجزئ عن اهل البيتين وان كانوا
اقل من سبعة لنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر كل سبعة من اصحابه

في

في الحديث فجعل البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة وكان العباس
يمنع من جوازها من اكثر من واحد لانه ذبح واحد كذبح الشاة
ولنا ما تركنا القياس لحديث جابر فيما رواه على اصل القياس ولان
البدنة لما جازت عن سبعة من اهل بيت واحد ينبغي ان يجوز
عن سبعة من اهل بيتين ايضا كسبعة من الغنم وجه قوله ان
البقرة شخص واحد حقيقة والاشخاص من جنس الضحايا يجوز
عن الاشخاص المتعددة معنى وهم اهل بيت واحد لا عن اشخاص
صورة ومعنى وهم المتفرقون وفي رواية في السنن عن جابر بن
عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم قال البقرة عن سبعة والجزور
عن سبعة وظاهرهما يدل على منع الزيادة وفيما ذكره مالك
احتمال فلا يعتبر بمقابلة النص قوله وكذا اذا كان نصيب احدهم
اقل من السبع اي لا يجوز من صاحب الكثير كما لا يجوز من صاحب
القليل كما اذا مات الرجل وخلف امرأة وابنا وترك بقرة فضحيا بها
لم تجز عنهما اصلا لان نصيب المرأة اقل من السبع قوله ولو كانت البدنة
بين اثنين نصفين تجوز في الاصح ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
وقد اختلف المشايخ في هذه المسئلة قال في النوازل سئل احمد بن محمد
القاضي عن جزور بين اثنين ضحيا به قال لا يجوز اذا كان الجزور
بينهما نصفين لانه صار لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع
فصار السبع نصفين ونصف السبع لا يجوز عن الاضحية فاذا بطل
السبع بطل الكل الا ترى انه لو اراد احدهما بنصيبه اللحم لا يجوز الكل
قال ابو الليث لا نأخذ بهذا بل يجوز الاضحية اذا كان بينهما نصفين
او على التفاوت لانه زاد بزيادة نصف السبع التقرب وليس كالذي
اراد اللحم لانه هناك لم يرد به التقرب قوله ولو اقتسموا جزافا
لا يجوز يعني اذا ضحوا البدنة عن شركة فلا يجوز قسمة اللحم جزافا
لان فيها الربا لوجود علته وهي الوزن والجنس فلابد من الوزن
الا اذا كان مع احدهما شيء من الاكارع او مع الآخر من الجلد فحينئذ
يجوز القسمة جزافا لانه لا يلزم الربا حينئذ بصرف الجنس الى خلاف
الجنس وهذا لان القسمة فيها معنى التمليك فكان حكمها حكم البيع
والكراع في الغنم والبقر بمنزلة الوظيف في الفرس والبعير
وهو مستدق الساق يذكر ويؤنث والجمع اكرع ثم اكارع وفي
المثل اعط العبد كراعا يطلب ذراعا لان الذراع في اليد وهو افضل

من الكراع في الرجل كذا في الصحاح قوله ولو اشترى بقرة يريد
ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا
وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر وهذه من مسائل الاصل
ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري قال الكرخي في مختصره واذا اشترى
الرجل بقرة يريد ان يضحي بها ثم اشرك فيها بعد ذلك ستة قال
هشام سالت ابا يوسف فاخبرني ان ابا حنيفة قال اكره ذلك ويجزيهم
ان يذبحوها عنهم وكذلك قولي قال وسالت ابا يوسف في بقرة ومن
نيته ان يشرك فيها قال لا احفظ عن ابي حنيفة فيها شيئا ولكني لا ارى
بذلك باسا وقال في الاصل رجل اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن
نفسه ثم اشرك معها بعد ذلك لم يشركهم حين اشتراها قال
ان كان نوى ان يشركهم حتى استكمل سبعة يعني انصباء بعضهم
هل يجزي عنهم قال نعم استحسن وان فعل ذلك قبل ان يشتريها
كان احسن الى هنا لفظ مختصر الكرخي وجه القياس ان الاشتراك
بيع فلا يجوز بيع ما اعد للقربة فيكون الكل لحما ولانه التزم
بالشرا بنية الاضحية اراقة واحدة فاذا اراق مع شركائه لم يخرج
عن الاضحية وصار الكل لحما كما لو اشترى شاة للاضحية ثم اشرك
فيها غيره وذبحا فانه لا يجزي عن كل واحد منهما فكذا هذا
وجه الاستحسان دفع الحرج بيانه ان الانسان ربما يحصل له
بقرة سمينة للاضحية ولا يكون له شركا فيشتريها
ويطلب الشركا بعد شراها بنية الاضحية فلو لم يجز الاشتراك بعد
ذلك لوقع في الحرج وهو مدفوع شرعا ولا يمنع شراها بنية الاضحية
الاشتراك لبقائها على ملكه ولهذا قال في المبسوط اذا اشترى اضحية
ثم باعها واشترى مثلها لا باس بذلك لان تجديد النية لا تتعين
الاضحية قبل ان يذبحها ولان الاراقة انما تتعدد فهي من حيث
الحكم تقام مقام سبع اراقات متى وجدت نية القربة وقد
اشتراها بنية القربة فيجعل بمنزلة ما لو اشترى سبع شياه ولو
اشترى سبع شياه بنية القربة للاضحية ثم باع ستا منها وضحى
بالسابع جاز عنه وعن شركائه فكذا هذا واذا جاز عنه
وعن شركائه فهل يجب عليه الذبح بقدر الاسباع الذي
باعها ما بقي الوقت والتصدق بها بعد فوات الوقت ام لا لم يذكره
محمد في الاصل وقد قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح الاصل

حكى

حكى عن مشايخ بلخ انهم قالوا عليه الذبح بقدر اسباع البقرة مثل
ما لو كان الفقير يشتري مع غيره فيذبح ان اشترى ست شياه في
قيمة الست مثل قيمة ستة اسباع البقرة او اكثر فيذبحها
وان مضى الوقت فانه يتصدق بقيمة ستة اسباع البقرة
غنيا كان او فقيرا لان شرى البقرة بنية الاضحية بمنزلة
ما لو اشترى سبع شياه بنية الاضحية ولكنا نزيد
على الواحدة لا وجوب على الغني فكان الغني والفقير سواء كذا ذكر
خواهر زاده وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي هذا الذي ذكره
محمد من جواز الاشتراك بعد الشرا للاضحية محمول على الغني
اذا اشترى بقرة لاضحيته لان ملكه لا تزول بالشرا وانما تتعين
عند الذبح مقام ما وجب عليه فاذا بقي منها سبع فكانه اشترى
ذلك في الاصل الا انه يكره لانه حين اشتراها ليضحي بها فقد
وعد وعدا فلا ينبغي ان يرجع فيه واما الفقير الذي وجبت بالشرا
فانه لا يجوز ان يشرك فيها لانها تعينت بالوجوب فلم يملك نقض ما
اوجبه على نفسه ثم قال القدوري وقد قالوا في مسئلة الغني اذا
اشرك بعد ما اشتراها ينبغي ان يتصدق بالثمن وان لم يذكر ذلك
محمد لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام
دينارا وامره ان يشتري اضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين
واشترى باحدهما شاة وجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها واخبره
بما صنع فقال له بارك الله لك في صفقتك وامره ان يضحي
بالشاة ويتصدق بالدينار ولانه فضل عما اخرجه للاضحية كذلك في
مسئلتنا وقال في الاصل ولو فعل ذلك قبل ان يشتريها كان احسن
يعني لو اشرك الستة معه قبل الشرا بنية الاضحية كان احسن
لانه يجوز بالاجماع وليس فيه خلاف لو فعلوا ايضا قوله والاشتراك
هذه صفته اي التحول صفة الاشتراك قوله لما بينا اشارة الى
قوله لانه اعدها للقربة قوله قال ليس على الفقير والمسافر
اضحية اي قال القدوري في مختصره وذلك لما بينا من اشتراط اليسار
والاقامة في وجوب الاضحية وقد مر تقرير ذلك وذكر شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده في صدر كتاب الاضاحي روي ان ابا بكر وعمر
كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي انه قال ليس على المسافر جمعة
ولا اضحية قوله قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر

من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر كذا قال القدوري في مختصره والاصل فيه ما روى البخاري باسناده الى البراء قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ان اول ما نبدأ في يومنا هذا نصلي ثم نرجع فننحر من فعله فقد اصاب سنتنا ومن ذبح قبل فانما هو لحم قدمه لاهله ليس من النسك في شيء وروى البخاري ايضا باسناده الى انس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ذبح قبل الصلاة فليعد وروى البخاري ايضا في الصحيح باسناده الى جندب بن سفيان البجلي قال شهدت النبي صلى الله عليه وسلم يوم النحر قال من ذبح قبل ان يصلي فليعد مكانها اخرى ومن لم يذبح فليذبح فالنبي صلى الله عليه وسلم جعل وقت الذبح بعد الصلاة والمعنى في ذلك انهم يتخلفوا عن الصلاة بتشاغلهم بالاضاحي وهذا المعنى لا يوجد في حق اهل السواد لانه لا صلاة عليهم فيجوز تضحيتهم كما انشق الفجر الا ان التاخير الى ما بعد الصلاة في حق من تجب عليه الصلاة ولا يجزيهم قبل انشقاق الفجر لان ذلك يتقدم على وقتها فلا يجوز ايضا لاهل السواد بعد طلوع الفجر كاهل المصر اذا صلوا وقال العبد وذكر الكرخي (هذا الصلوة)

وقال الشافعي اذا مضى من الوقت مقدار ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه العيد جازت الاضحية وان لم يصل الامام وهذا خلاف ما روينا من الاحاديث ولان ما ترتب على صلاة رسول الله يترتب على صلاتنا كالتكبير التشريق ويرد ذلك روى البخاري عن مالك وان افتى ان التضحية بعد صلاة العيد قبل نحر الامام بالمصلى لا يجوز ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه والاحاديث المذكورة حجة عليها ونوع من المعقول يشهد لنا وهو ان سائر الناس تبع للامام فيما قبل صلاة العيد في حق الذبح فكما لا يجوز الذبح من سائر الناس لا يجوز من الامام فبعد الصلاة يجب ان يكون الامر كذلك فيجوز ذبح الامام بعد صلاة العيد فينبغي ان يجوز ذبح سائر الناس ايضا وقال الولوالجي في فتاواه بلدة وقع فيها فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم صلاة العيد فضحوا بعد طلوع الفجر جاز وهو المختار لان البلدة صارت في حق هذا الحكم كالسواد

قوله والمعتبر في ذلك مكان الاضحية ذكره تفريعا على مسئلة القدوري في جملة التفريع ثم قال الكرخي في مختصره

وان كان رجل من السواد ومسكنه ثمة دخل المصر لصلاة الاضحى وامر اهله ان يضحوا عنه فانه يجوز ان يذبحوا عنه بعد طلوع الفجر وان سافر رجل وامر اهله وهم في المصر ان يضحوا عنه فانه لا يجوز ان يذبحوا عنه الا بعد صلاة الامام قال محمد انما انظر الى موضع الذبح ولا انظر الى موضع المذبوح عنه روى ذلك عنه ابن سماعة في نوادره وهشام الرازي في نوادره وقال هشام عنه ان كان الرجل من اهل المصر امر والمامور بحيث يجوز ان يذبح بعد صلاة الفجر فاشترى الذي في المصر الذي ليس في المصر ان يذبح عنه فذبح عنه بعد انشقاق الفجر قال محمد يجزيه وبعد طلوع الشمس احب الي قال هشام قال محمد انما انظر الى موضع الاضحية وكذلك روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه يعتبر المكان الذي يكون فيه الذبح ولا يعتبر الموضع الذي يكون فيه المذبوح عنه قال الحسن في اثر حكايته عن ابي يوسف فان كان الرجل في مصر واهله في مصر آخر فكتب اليهم ان يضحوا عنه ينبغي لهم ان لا يضحوا حتى يصلي الامام الذي اهله فيه فان ضحوا قبل ان يصلي لم يجزه قال الحسن هذا مثل الاول اعتبر موضع الاضحية وقال الحسن اذا كان الرجل في مصر واهله في آخر لم يذبحوا حتى يصلي في المصرين جميعا فان ذبحوا قبل ذلك لم يجزئه وقال محمد اذا كان الرجل في مصر واهله في مصر آخر انه يؤخر الذبح حتى يصلي في المصر الذي فيه الذبيحة ولا ينظر الى صلاة المصر الاخر ومذهب الحسن اذا كان الامر في المصر والمامور في غير المصر او المامور في مصر والامر في غير مصر فعنده لم يجز ان يذبح حتى يصلي اهل المصر وان كان الامر في مصر واهله في مصر آخر لم يجزه الذبح الا بعد صلوة المصرين جميعا فان كان صلى احد المصرين ولم يصل الاخر لم يجزهم فان صلى الامام العيد ولم يخطب اجزأ من ذبح قال محمد واذا اخر الامام صلوة العيد فليس للرجل ان يذبح الاضحية حتى ينتصف النهار واذا شغل الامام فلم يصل (العيد) او ترك ذلك متعمدا حتى انتصف النهار فقد حل الذبح بغير صلاة من الايام كلها الى هنا لفظ الكرخي في مختصره

قوله ومعنى لانها تشبه الزكوة هذا اشارة الى ان المعتبر في التضحية مكان الاضحية لان الاضحية تشبه الزكوة

الا يرى ان النصاب اذا هلك قبل مضي ايام النحر تسقط الاضحية
كما لو كان تسقط الزكاة اذا هلك النصاب قبل الحول فلما كان كذلك اعتبر مكان المحل
لا مكان الفاعل كما في الزكاة كذلك صدقة الفطر حيث اعتبر ثمة مكان
الفاعل عند محمد خلافا لابي يوسف لان صدقة الفطر لا تسقط بهلاك
النصاب بعد انتهاء الفجر من يوم الفطر قوله ولو ضحى
بعدما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا
وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة القدوري و
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا كان الامام قد خلف
من يصلي بضعفة الناس في المسجد الجامع وخرج بالآخرين الى المصلى
فصلى احد المسجدين ثم كان حاله ذبح الاضحية اليهما لفظ الكرخي
ارايت من ذبحها قبل ان ينصرف اهل الجبانة وبعدما انصرف
اهل المسجد الاعظم هل تجزيه قال استحسن ان اجيزه وهذا ثابت
الى ان القياس ان لا تجوز انما صور محمد هذه المسألة على هذا
الوجه لان علي بن ابي طالب كان يستخلف بالكوفة من يصلي صلوة العيد
بالضعفة في المسجد الجامع وكان يخرج مع الاقوياء الى الجبانة كذا
ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح الاصل رحمه الله القياس ان من شرطها
فعل صلوة العيد فان اعتبر صلاة من في المصلى لم يجز الذبح وان
اعتبر صلوة من في المسجد جاز فلا يجوز بالشك وجه الاستحسان ان صلاة
من في المسجد تجزي عن صلاة العيد الا ترى انه لو اقتصر عليها جاز ذلك
فكانه لم يكن الا هي وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذبح الاضحية بعد الصلوة
ولم يفصل فاما ان صلى اهل المصلى بالصلاة قبل اهل المسجد لم
يذكره في الاصل وكان اصحابنا يقولون لا رواية فيه وبعد ذكره ان الحكم
وجعله كصلاة اهل المسجد فكان هذه رواية في وجهها ما ذكرنا
وقد كان اصحابنا البنا خرج هذا منهم من قال كيف ان يكون هذا جائزا
قياسا واستحسانا لان الاصل في صلاة العيد صلاة من في المصلى وفي المسجد
انما يفعلون لكل العذر ووجب اعتبار الاصل دون غيره ومنهم من قال
ان المسألة قياس واستحسان كما في مسألة الاولى ووجهه ما قدمناه
وهو الظاهر ما قاله ابو الحسن لانه سوى بينهما ومن اصحابنا من قال
لا يكون الاضحية بصلاة اهل المصلى حتى يصلي اهل المسجد لان الصلاة
في المسجد هي الاصل بدلالة سائر الصلوات وانما يصلي الامام في
المصلى العيد لان المسجد لا يسع الناس فوجب ان يعتبر في الاضحية

صلاة

صلاة من في المسجد الاصل دون غيرهم كذا ذكر القدوري في شرح مختصر
الكرخي والجبانة المصلى قالوا في شروح الجامع الصغير في كتاب الحج
ودلت المسألة على ان اداء صلاة العيد في مصر واحد في موضعين
جائز بخلاف الجمعة فانها لا تجوز في موضعين في مصر واحد لانها شرعت
جمعة لاجتماع الناس وفي ذلك تفريقهم قوله وكذا اذا على هذا عكسه
فيمن ضحى بعدما صلى اهل الجبانة ولم يصل اهل المسجد اجزاه
الذبح استحسانا لا قياسا وقيل في هذا الوجه يكون الذبح قياسا واستحسانا
وقد مر بيان الجمع آنفا قوله قال وهي جائزة في ثلاثة ايام
يوم النحر ويومان بعده اي قال القدوري في مختصره وقال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره وايام النحر ثلاثة ايام يوم الاضحى بعد طلوع
الفجر وهو العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر يجوز في نهار
هذه الايام ولياليها بعد طلوع الفجر من اليوم الاول الى غروب الشمس
من اليوم الثاني عشر الا انه يكره الذبح بالليل وان فعل اجزاه ولا يجوز
الذبح بعد ذلك الى هنا لفظ الكرخي وقال قبل هذا ولا يجوز ذبح الاضاحي
في الامصار الا بعد صلاة الامام العيد ومن فعل ذلك لم تجزه وكان
عليه الاعادة مكانها وقال مالك وقتها يوم النحر ويومان بعده ولا
تضحي في اليوم الرابع ولا تضحي بليل كذا في التفريع وقال الخرقي حين
قال احمد بن حنبل واذا مضى من نهار يوم الاضحى مقدار صلاة الامام
العيد وخطبته فقد حل الذبح الى آخر يومين من ايام التشريق
نهارا ولا يجوز ليلا وقال اصحاب الشافعي اول الوقت بالقضاء وقت الكراهة
بعد طلوع الشمس يوم العيد وبعد مقدار ركعتين وخطبتين وركعتين خفيفتين
وقيل بالطويلتين على العادة وآخره غروب الشمس في ثالث ايام التشريق
ويجزي بالليل وفي اليوم الثالث من ايام التشريق وجه قول الشافعي
ما روى خواهرزاده في مبسوطه عن جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال ايام التشريق كلها ايام ذبح ولان هذا يوم تكون فيه الرمي
فيكون وقتا للذبح قياسا على ما قبله من الايام الثلاثة ولنا ما ذكر
الكرخي في مختصره وقال حدثنا ابو بكر محمد بن الجنيد قال حدثنا ابو قتيبة
قال حدثنا هشيم قال اخبرنا ابن ابي ليلى عن اخيه عن ابن عمر وعن زر بن
حبيش وعبادة بن عبد الله الاسدي عن علي انه كان يقول ايام النحر
ثلاثة ايام اولهن افضلهن وعن ابن عباس وعن ابن عمر مثله قال النحر
ثلاثة ايام اولها افضلها وروينا النحر ثلاثة ايام عن عمر وانس بن مالك

وسعيد بن جبير وعن الحسن وعن ابرهيم كذا ذكر
الكرخي في مختصره وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد
عن ابرهيم قال الاضحى ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وحدث مالك
في الموطأ مخبرا عن عبد الله بن عمر انه كان يقول الاضحى يومان
بعد يوم الاضحى وحدث مالكا ايضا انه بلغه ان علي بن ابي طالب قال
الاضحى يومان بعد يوم الاضحى والمروي عن هولاء كالمروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم لان تخصيص العبادات بوقت لا يعرف الا سماعا ولانه
ولان اليوم الرابع يوم لا تجب فيه الرمي فلا يكون وقتا للذبح قياسا
على اليوم الخامس قال القدوري في شرحه وهذه الايام الثلاثة عندنا
يدخل فيها المعلومات والمعدودات لان ابا يوسف قال ان المعلومات
ايام التشريق والمعدودات ايام النحر فيوم النحر من المعدودات
وليس من المعلومات واخر ايام التشريق من المعلومات وليس من المعدودات
واليوم الثاني والثالث من المعدودات والمعلومات وروي محمد كذلك
عن ابي حنيفة ان الايام المعلومات ايام العشر بدا في جميع ... ذلك
كما يبدا بصلوة العيدين واما كراهتها بالليل فلتجلي لاجل الوقت لكن لان
الليل لا تتبين فيه العروق فلا يومن ان يقصر فيها فلذلك كره الذبح
بالليل قال واما جوازها بالليل فلما روي عن اصحابنا انهم قالوا ايام
النحر ثلاثة واحد العددين اذا ذكر على طريق الجمع انتظم دخول ما
بازائه من العدد الاخر ولانه ذبح واجب فلا يختص بالنهار كالهدايا
وجزاء الصيد وانما كان اول الايام افضلها لان فيه مسارعة الى اداء القربة
والمسارعة الى اداء القرب افضل الا لعارض قوله فيها افضل من
التصدق بثمن الاضحية ذكرها بعبارة هي من ... الا ...
قال في الاصل ارايت الرجل يضحي احب اليك ام يتصدق بثمن اضحيته قال
بل يضحي افضل واحب الي قال شيخ الاسلام في شرح كتاب الاضاحي
اما على قول ابي حنيفة فلان الاضحية واجبة والصدقة تطوع واداء
الواجب احب من اتيان التطوع واما على قولهما فلان الاضحية سنة موكدة
والصدقة تطوع واتيان السنة الموكدة افضل من اتيان التطوع
ولان الاضحية مما يفوت بمضي ايام النحر والصدقة لا تفوت بمضي
ايام النحر فكان الاشتغال بما يفوت افضل هنا كما قالوا ان الطواف
للافاقي بمكة افضل من الصلوة لان الطواف يفوته والصلوة لا تفوته فكذا
هنا قوله ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه

او كان فقيرا تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة
اشترى او لم يشتر ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري وقوله ان كان
اوجب على نفسه بان قال لله علي ان اضحي بها او اذبحها او نحو ذلك
وقوله او كان فقيرا اي كان فقيرا فاشترى شاة بنية الاضحية اعلم
ان الشاة تتعين للتضحية بان نذر ان يضحي بها او نوى عند الشراء ان
يضحي بها وكان المشتري فقيرا وهذا ظاهر الرواية وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده في شرح الاصل يعد ... الزعفراني عن اصحابنا
ان التضحية بعينها لا تجب الا بالنذر ولا تجب التضحية بعينها بنية
الشراء للاضحية وان كان المشتري فقيرا وهو القياس وهو قول
الشافعي وجه القياس ان القربة تلتزم باحد امرين اما بالشروع
او بالنذر ولم يوجد الا الشراء مع نية الاضحية لا هذا ولا ذاك فلا يلزمه
كما لو اشترى مالا بنية الصدقة او اشترى عبدا بنية العتق
وجه الاستحسان ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام دينارا
ليشتري له اضحية فاشترى بها شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة
بدينار فجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بذلك
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله في صفقة يمينك وامره
ان يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار فلولا ان الاضحية تلزم بمجرد
النية لما امره بالتصدق فاذا تعينت الشاة للتضحية ومضت ايام النحر
وجب التصدق بها حية بخلاف ما اذا كان المشتري غنيا وقد اشتراها
بنية الاضحية حيث لا تتعين لان الوجوب عليه قبل الشراء بل يجب عليه التصدق
بقيمة شاة تصلح للتضحية اشترى او لم يشتر ولو باع ما اشترى للتضحية
واشترى غيرها وضحى بها في ايام النحر فان كانت الثانية مثل الاولى
او خيرا منه جاز ولا شيء عليه لانه ادى الواجب بالمثل او زيادة فاذا
كانت الثانية اقل قيمة من الاولى وقد اشترى الاولى بنية الاضحية
ان كان المشتري غنيا فانه يجزيه ولا يلزمه التصدق بشيء لما ذكرنا
ان الشراء بنية الاضحية لا يكون ايجابا في حق الغني فيجعل وجود الاولى وعدمها
بمنزلة ويجعل كانه اشترى الثانية ابتداء وان كان المشتري فقيرا فضحى
بالثانية يجزيه ويتصدق الى تمام قيمة الاولى لان الشراء بنية الاضحية
يجعل كالنذر من الفقير ولو نذر ان يضحي بشاة معينة ثم باعها واشترى
اخرى وضحى بها فانه يجوز التضحية بالاخرى ولكن عليه ان يتصدق الى
تمام قيمة الاولى هكذا ههنا كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح الاصل

وقال في تحفة الفقهاء وإذا مضت هذه الأيام فقد فات الذبح
حتى لو لم يذبح حتى لا يجوز أن يذبح فإن كان أوجب شاة بعينها واشتراها
ليضحي بها فمضت أيام النحر قبل أن يذبحها تصدق بها حية ولا يأكل
منها شيئا من اللبن والشعر ولا يأكل من لحمها لأنه إذا انتقل الواجب
من إراقة الدم إلى التصدق وإن لم يوجب ولم يشتر فالرجل
موسر وقد مضت أيام النحر كلها فإنه يتصدق بقيمة شاة التي تجوز
في الأضحية لما قلنا **قوله** قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء
التي لا تمشي إلى المنسك ولا العجفاء أي قال القدوري في مختصره **قوله**
والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك قال القدوري في شرح مختصر
الكرخي إن العرج إذا لم يمنعها من المشي بنفسها جازت وإن كانت لا تمشي
فإنه لا يجوز والأصل فيه ما روى مالك في الموطأ عن عمرو بن الحارث عن
عبيد بن فيروز عن البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل
عما يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربع وكان البراء يشير
بيده ويقول يدي أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين
ظلعها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي
لا تنقي وروى صاحب السنن بإسناده إلى شريح بن النعمان عن علي رضي الله عنه
قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن وأن لا
نضحي بعوراء ولا مقابلة ولا مدابرة ولا خرقاء ولا شرقاء قال أبو عبيد
قال الأصمعي المقابلة أن يقطع من مقدم أذنها شيء ثم يترك معلقا لا يبين
كأنه زنمة ويقال لمثل ذلك من الإبل المؤنم ويسمى ذلك المعلق الرعل والمدابرة
أن يفعل ذلك بمؤخر الأذن من الشاة والخرقاء أن يكون في الأذن ثقب
مستدير والشرقاء في الغنم المشقوقة الأذن باثنين والمراد من التي
لا تنقي أي ليس لها نقي أي مخ من شدة الهزال واستشراف العين والأذن
طلب سلامتهما من العور والجدع قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه
قال داود الأصبهاني إذا كانت عمياء تجزيه لأن الشرع ورد في العوراء
ولم يرد في العمياء فلو لم تجز العمياء لم تجز بالقياس على العوراء وهي ذاهبة
إحدى العينين كما لو كانت والقياس عندي ليس بحجة ولكن عامة العلماء
قالوا بأن الشرع لما لم يجوز العوراء ففي العمياء عور وزيادة فيكون
النص الوارد في العوراء واردا في العمياء دلالة بالطريق الأولى كالنص
الوارد بتحريم التأفيف يكون واردا في الشتم والضرب دلالة لأن
فيها معنى التأفيف وزيادة **قوله** قال ولا تجزي مقطوعة الأذن والذنب

اي كال

رابعه
وبلا نول

أي قال القدوري في مختصره وهذا لما قال محمد في الأصل
بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استشرفوا العين
والأذن وروي في السنن عن علي عن رسول الله قال أمرنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن وعندنا عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم بقاء الأذن فيمنع فواتها جواز الأضحية وأما الذنب فإنه عضو
مقصود فصار كالأذن قال في المغرب في معنى قوله استشرفوا العين
أي اطلبوا سلامتهما من آفة جدع أو عور واطلبوهما شريفتين
بالتمام والسلامة **قوله** قال ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها
وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز أي قال القدوري في مختصره أي لا تجزي
التي ذهب أكثر أذنها وذنبها وروى صاحب السنن مسندا إلى علي رضي الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحى بعضباء الأذن قال قتادة قلت
لسعيد بن المسيب ما العضباء قال النصف فما فوقه وهذا يدل على أن
العيب الكثير في العين والأذن يمنع من الأضحية فأما اليسير من العيب
فلا يمنع لأن الغنم لا تخلو من ذلك لأنا نرى أنه يفعل فيها على طريق
السمة والعلامة فلو منع الأضحية لشق على الناس فإذا كان
الكثير مانعا والقليل غير مانع احتجنا إلى بيان الحد الفاصل
بينهما فعن أبي حنيفة رحمه الله أربع روايات في رواية الربع وفي رواية
الثلث وفي رواية الزيادة على الثلث وفي رواية أن ما دون النصف
عفو والزيادة عليه مانع وهو قولهما وفي النصف روايتان قال
أبو يوسف قال أبو حنيفة الثلث مانع فذكرت له قولي النصف فقال
قولي مثل قولك قيل معناه أخذت بقولك وقيل بل معناه أن
الثلث كما قدرت بالنصف كذا في المختلف وجه الرواية الأولى
أن الربع قد يلحق بالكثير في باب الاحتياط ألا ترى أن المحرم يلزمه
بحلق ربع رأسه ما يلزمه بحلق كله وهذا موضع الاحتياط
وجه الرواية الثانية قوله صلى الله عليه وسلم في الوصية الثلث والثلث
كثير ووجه الرواية الثالثة أن الوصية تنفذ بالثلث
من ذلك ولا تجوز إلا بإجازة الورثة فعلم أن الثلث قليل وما زاد
عليه كثير ووجه الرواية الرابعة وهي قول أبي يوسف ومحمد
وإليه رجع أبو حنيفة رحمه الله ذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع
الصغير أن الكثير من كل شيء أكثره وفي النصف تعارض
الجانبان لأن ما يقابله ليس بقليل ولا بكثير فكان المانع ما زاد على النصف

قال محمد في الاصل اذا ذهبت اكثر من العين والاذن والطرف اقل من الثلث
هل يجزي قال نعم وهذا لان على ظاهر الرواية الثلث وما دونه في حد
القلة عند ابي حنيفة فلا يمنع الجواز وقال في الاصل ايضا ارايت ان كان
ذهب اكثر من الثلث هل يجزي قال لا قال شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده في شرح الاصل وهذا عند ابي حنيفة لان ما زاد على الثلث
عند ابي حنيفة باتفاق الروايات وقال في الاصل ايضا ان كان ذهب
الثلث سوآء هل يجزي قال نعم وهذا لان عند ابي حنيفة الثلث في
ظاهر الرواية في حد القلة وقال القدوري في شرحه وذكر
ابن شجاع في كتاب المناسك انه اذا ذهب الربع لم يجز قوله ومعرفته
المقدار في غير العين متيسر قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح
الاصل قال اصحابنا انما نعرف بان تشد العين المريضة بعد ان لا تعلف
الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته
من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينه الصحيحة ويقرب العلف
الى الشاة قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر ما بين
الروية الثانية والاولى من المسافة فان كانت المسافة مثلها الثلث
فقد ذهب ثلثه وبقي الثلثان وان كان النصف فقد ذهب النصف
وبقي النصف فهذا هو الحيلة في معرفة انه كم ذهب من العين
وكم بقي وقال في الاصل ارأيت الشق يكون ثلثا او اقل من الثلث
فانه غير مانع من الجواز عندهم جميعا ولا باس بالاذن
ليس بعيب الاضحية اذا اشترى شاة فوجد في اذنها شقا فاراد
ان يردها بالعيب ليس له ذلك والشق سمة في الشاة وليس بعيب
قوله قال ويجوز ان يضحي بالجماء اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه والخصي والثولاء قال الكرخي في مختصره قال هشام
وسالت ابا يوسف عن السكاء والتي لا قرن لها فقال يجزي
التي لا قرن لها فاما السكاء فان كانت لها اذن فهي تجزي وان كانت
صغيرة الاذن فان لم يكن لها اذن فانها لا تجزي وهو قول ابي يوسف
ويجزي الشاة وان لم يكن لها قرن عندهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي
اما القرن فقد روي عن علي انه سئل عن القرن فقال لا يضرك
امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن ولان
القرن لا يتعلق به في الاضحية ولا يتعلق به مقصود فلا تؤثر
وقال في الاصل لو كسر بعض قرنها او جميعه اجزات فاما السكاء
وهي

وهي التي لا اذن لها خلقة فان كانت الاذن صغيرة فالعضو
موجود وصغره لا نقصانا لا يمنع وان لم تكن لها اذن بتة
فان الاذن مقصودة في الخلقة بدلالة النص على قطعها فعدمها
اكثر من نقصانها وقال الكرخي ايضا قال هشام وسالته عن
الجرباء والثولاء فقال ان كانتا سمينتين اجزاتا وان كانتا عجفاوين
لم تجزيا وهو قول ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي وذكر ان
الجرب مرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاضحية
ان تكون بينا مرضها ولانها اذا كانت سمينة فالجرب في جلدها لا
يضر بلحمها واما الثولاء وهي المجنونة فالعقل غير مقصود
في البهائم قال الكرخي في مختصره ولا باس عندهم جميعا
بالخصي وذكر فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين
املحين اقرنين موجوئين وروي عن ابي حنيفة انه قال الخصي احب
الي لانها اطيب لحما وانفع للماكل وسئل عن الخصي فقال ما
زاد في لحمه انفع مما ذهب من خصيته وقال الكرخي ولا باس
بالتي بها سمة في اذنه لان السمة لا تخلو منها الحيوان ولانه عيب
يسير وذلك لا يمنع في الاذن فقال الكبش الاملح اذا كان فيه سواد في
بياض وقال وجاءت السنة اذا رضضت العروق من غير
اخراج الخصيتين وجاء كذا في الديوان قوله واما الهتماء
وهي التي لا اسنان لها ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي
في مختصره وقال ابو يوسف التي لا اسنان وهي الهتماء وان كانت تعتلف
فانها لا تجزي والاسنان كالاذن اذا بقي الاكثر منها اجزات و
ان ذهب الاكثر لم تجزئ وقال بشر عن ابي يوسف بعد ذلك اذا
بقي منها ما تعتلف وان كان اقل من النصف اجزاه الى هنا لفظ الكرخي
اما الرواية التي يعتبر فيها بقاء الاكثر فلان الاسنان عضو
كالاذن فيعتبر فيها بقاء الاكثر واما الرواية الاخرى فلان
المقصود من الاسنان الاكل بها فيعتبر بقاء المقصود دون
غيره وقال القدوري في شرحه وحكى اصحابنا ان الهتماء
التي تكسر اطراف اسنانها فاعتبر ابو يوسف فيها ان تعتلف
وذكر ان الاسنان باقية وانما ينقص فاذا لم تؤثر في
الاكل لم يمنع واما اذا كانت تتلفت في الاسنان فالمعتبر
بقاء الاكثر قوله والسكاء هي التي لا اذن لها خلقة

لا يجوز ان كان له هذا وانما قال ان كان هذا اي ان كان هذا معتادا لان
السكاء بالثاء المثلثة الاسك وهو مصطلم الاذنين قال ظليم اسك
ونعامة سكاء وجميع الطير سك وقال المطرزي الاذني ايضا
اسك وزاد في سكاء ذكره ابن دريد في جمهرة اللغة وكذا في قول
ابي يوسف ايضا ونذر ربنا ذكر قبل هذا عن مختصر الكرخي قوله
وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء
يعني العيوب المذكورة من العمى والعور والعجف وانقطاع الاذن
والالية اي انقطاع اكثرهما انما تمنع من الاضحية اذا كانت قائمة
وقت الشراء فاما اذا حدثت بعده كان يمنع من الاضحية فيجوز
على التفصيل فان كان غنيا فعليه غيرها اما الفقير فتجزيه ذكر
لان الشاة متعينة للاضحية بنية الشراء من الفقير على ظاهر الرواية
خلافا لما روي عن الزعفراني انه لا تتعين بالشراء اصلا واما الغني
لا تتعين لان الواجب عليه قبل الشراء في الذمة لا بالشراء فوجب عليه
اضحية كاملة فلا يخرج عن العهدة بالناقص وكذا الحكم في الفقير
ايضا اذا اوجب على نفسه اضحية بغير عينها فاشترى صحيحة ثم تعيبت
قبل ان يذبح عيبا مانعا فضحى لا يسقط عنه الواجب كذا في التحفة
قوله كما في نصاب الزكوة يعني اذا انتقص النصاب بعد حولان الحول
سقطت الزكوة بقدره ولا يجب ضمان ذلك القدر قوله وعن هذا الاصل
قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية الى ان قال وهذا الاصل ان الوجوب
على الغني بالشرع لا بالشراء فلم يتعين الشاة فلما لم تتعين كان عليه اخرى
والوجوب على الفقير بالشراء فلم يكن عليه اخرى قوله ولو ضلت
او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر فروع هذه
المسئلة ايضا على الاصل المذكور فقال يجب على الغني ذبح احدهما
لانه لا يتعين عليه شيء بالشراء فلا يجب عليه بالشرع الا اضحية واحدة
فلهذا يجب ذبح احدهما وتجب على الفقير ذبحهما جميعا لان الوجوب عليه
بالشراء بنية الاضحية وقد تعدد الشراء بهذه الصفة فلا جرم
يذبحهما قوله ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها اجزاه
استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي ذكرها بتفريعها على
مسئلة القدوري قال في الاصل اذا اشترى رجل ناقة او اضحية ليذبحها
فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه فانكسرت رجلها ثم ذبحها
مكانها قال القياس ان لا تجزيه وبه قال زفر والشافعي وفي الاستحسان
تجزيه

وبه قال علماؤنا الثلاثة كذا ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرح الاصل وكذلك ان انقلبت منه السكين فاصابت عينها
فذهبت وفي القياس ان لا يجوز وذلك لانه عيب دخلها قبل
نفس القربة فيها فصار كما لو كان قبل حال الذبح وجه الاستحسان
ان الشاة تضطرب في حالة الذبح فيلحقها العيوب من
اضطرابها فصار ذلك مما لا يمكن الاحتراز عنه قال شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الاضاحي فهذا اذا ذبح في
مكانه ذلك فاما اذا انفلتت الشاة ثم اخذت بعد ذلك فذبحت
هل يجوز لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وقد ذكر في غير رواية الاصول
وذكر خلافا بين ابي يوسف ومحمد فقال على قول ابي يوسف ان اخذ
من فوره ذلك جاز وان لم يؤخذ من فوره لا يجوز وعند محمد
يجوز في الحالين بعد ان يكون التضحية في وقت الاضحية وجه
قول ابي يوسف انه متى اخذ من فوره ذلك فالفعل الذي حدث
منه العيب يخرج من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح فصار
بمنزلة ما لو حدث العيب بسبب اخر ووجه قول محمد ان الفائت
باسباب الذبح كالقائمة بالذبح قوله قالوا الاضحية من الابل
والبقر والغنم اي قال القدوري في مختصره وكذلك التضحية
انما تستفاد بالشرع بخلاف القياس لانها اراقة الدم قربة
غير معقول المعنى ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن غيره
من الصحابة والتابعين انهم ضحوا بغير ذلك فيقتصر على مورد الشرع
ولهذا لم يجز التضحية بشيء من الوحش وان كان يؤكل لحمه لعدم
ورود الشرع به وكذا ان كان متولدا من الوحشي والانسي فالمعتبر
فيه جانب الام حتى لو نزا ظبي على شاة فولدت جازت التضحية
بالولد وعلى العكس لا يجوز وفي خلاصة الفتاوى والجاموس
يجوز في الضحايا والهدايا استحسانا قوله قال ويجزي من ذلك
كله الثني فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزي اي قال
القدوري في مختصره قال ابو الحسن الكرخي في مختصره لا يجوز ان
يضحى عند اصحابنا جميعا الا الثني من كل شيء من الابل والبقر
والغنم الا الجذع من الضأن خاصة اذا كان عظيما على ما جاء عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى هنا لفظ الكرخي وبه قال مالك
واحمد مثل مذهبنا وقال الشافعي لا يجزي من الضأن الا الثني في السنة

وفي المعز الا الثني في الثالثة وكذا في البقر وفي الابل الا الثني
في السادسة كذا في وجيزهم قال القدوري في شرحه قال الفقهاء الجذع
من الغنم ابن ستة اشهر والثني ابن سنة والجذع من البقر ابن سنة
والثني ابن سنتين والجذع من الابل ابن اربع سنين والثني ابن خمس
الى هنا لفظ القدوري وقال الناطفي في كتاب الاجناس قال
في كتاب الضحايا لابي القاسم الخوميني الرازي سمعت
ابا علي الدقاق قال الجذع من الضان هو ما تمت له ثمانية اشهر
وطعن في الشهر التاسع وفي اضاحي ابي عبد الله الزعفراني
ما تمت له سبعة اشهر وطعن في الشهر الثامن ويجوز في الاضحية
اذا كانت الشاة عظيمة الجثة وهي جذع وان كانت صغيرة
الجثة لا يجوز الا ان يتم لها سنة وطعنت في السنة الثانية
واما المعز لا يجوز الا ما تمت له سنة وطعنت في السنة الثانية
واما البقر لا يجوز الا ما تمت له سنتان وطعنت في السنة الثالثة
سواء كانت عظيمة الجثة او صغيرة الجثة واما الابل فلا يجوز في
الاضحية الا ما قد تمت له خمس سنين وطعنت في السنة السادسة
ذكره الخطابي عن اصحابنا في ضحاياه الى هنا لفظ الاجناس
والاصل هنا ما روى صاحب السنن باسناده الى جابر قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم
فتذبحوا جذعة من الضان وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بذبح المسنة والثني منه يجوز ذبحه من الانواع الثلاثة
ثنيا باتفاقنا واما الجذع من الضان يجوز استحسانا
وجه القياس ان الجذع من الابل والبقر والمعز لا يجوز فكذا
من الضان لا يجزيه جذعه وجه الاستحسان حديث جابر وغيره
وروى اصحابنا في كتبهم عن ابي هريرة قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم
قال نعم الاضحية الجذع من الضان وقال محمد في كتاب الآثار
اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في الجذع من الضان
يضحى به قال يجزي والثني افضل قوله لقوله صلى الله عليه وسلم
ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من
من الضان في ثبوت الحديث بهذا اللفظ نظر وقد اوردت
لفظ الحديث قبل هذا عن السنن قوله قالوا وهذا اذا
كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان لاشتبه على الناظرين من بعيد

اي قال

اي قال الصحاح جواز الاضحية بالجذع من الضان اذا كانت
الجذعة عظيمة بحيث لو كان الجذع من الثنايا لاشتبه على
الناظر من بعيد انه ثني او جذع والثني الذي يلقي ثنيته و
يكون ذلك في الظلف والحافر في السنة الثالثة وفي الخف
في السنة السادسة والجمع ثنيان وثناء والانثى ثنية والجمع
ثنيات كذا في الصحاح قوله والمولود من الاهلي والوحشي
يتبع الام يعني اذا كانت الام اهلية جازت التضحية بالولد
واذا كانت وحشية فلا قال في خلاصة الفتاوى ولو نزا
ظبي على شاة فولدت قال عامة العلماء لا يجوز وقال الامام
الخيزاخزي ان كان يشبه الام يجوز ولو نزا شاة على ظبي قال
الامام الخيزاخزي ان كان يشبه الاب يجوز ولو نزا ظبي على شاة
قال عامة العلماء يجوز وقال الامام الخيزاخزي العبرة للمشابهة
كذا في الخلاصة قوله واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا
بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه
وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد
اللحم لم يجز عن واحد منهم اي قال في الجامع الصغير قال
في الاصل اذا ثبت اذا اشترى البقرة سبعة ثم مات بعضهم
قبل ان ينحر فقال ورثتها انحروها عنكم وعن فلان الميت هل
يجزيهم قال نعم قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه لم
يذكر محمد في هذه المسئلة القياس والاستحسان وذكر في نظير
هذه المسئلة القياس والاستحسان فانه قال بعد هذا ان اجزت
اذا كان يضحي عن ولده الصغير او عن ام ولده القياس ان لا يجزيهم
وفي الاستحسان يجزيهم وجه القياس ان الاراقة لا تتجزى وبعض
الاراقة صار لحما فصار الكل كذلك الا انه لا يجب عليه
ان يضحي عن ولده الصغير اذا لم يكن له مال على ظاهر الرواية
فكان الاب متطوعا وكذا نصيب ام الولد يكون تطوعا
ونصيب الميت انقلب تطوعا ايضا لانه لما مات وهو لم يجب
على الورثة ان يضحوا عنه واذا لم يجب عليهم كانوا متطوعين
عن الميت واذا اراد احدهم اللحم او كان هو نصرانيا صار الكل
لحما لعدم نية القربة في البعض بعد ذلك نقول يكفي بنية
الاراقة لا تتجزى والبعض قد وقع تطوعا فكذا الكل يكون تطوعا

او يكون الكل واجبا فيجعل الكل تطوعا اولى لان الواحد منهم
تطوعا عن التطوع لا يتقطع والواجب يتقطع والواحد كان نصيب
احدهم اللحم يجعل الكل للحم لا للقربة لان الاراقة لا تتجزى
للحم مع نية القربة فان لم يكن ذبح جملة او كان في عمره في الاضحية
والاراقة للحم لا تصير قربة كما في وجه الاستحسان ان لو زاد نيته لما
اذنوا جاز ذكره قربة ايضا لوقوع الكل قربة الا ترى ان الوارث
يخلف الميت يتصرف عن الميت بدلا لما انه يذبح عنه ويتصدق ويصار
نصيب الميت للقربة كما تصير الباقي لان الوارث له ضرب
من الولاية على الميت فاذا ذبح عنه الا ترى الى النبي صلى الله عليه وسلم
ذبح كبشين احدهما عن نفسه والاخر عن امته لما كان له عليهم
ولاية بخلاف ما اذا كان احدهم نصرانيا او كان يريد اللحم لان
ذلك القدر لم يقع قربة فكذا الباقي لعدم تجزي الاراقة ولان
الاراقة في البقرة والبدنة انما تكون متجزية من حيث الحصة
ولانها من حيث الحكم جعلت متجزية حتى وجوبه السبع بنية القربة
لان الشرع جوز ذكره عن السبعة وكانت البدنة بمنزلة سبع شياه
من حيث الحكم ولو اشترى سبعة نفر سبع شياه كل واحد منهم شاة
لان احدهم ضحى شاة عن ولده الصغير او عن ام ولده او عن
الميت لا يضيره ما اشتراه الباقون تطوعا ولان ذكرنا انا كان
احدهم نصرانيا او اراد اللحم حيث يجوز عن الكل لان البدنة
انما اقيمت مقام سبع شياه في حق اراقة اذا وجدت نية
القربة ولم يوجد نية القربة فظهر الفرق قوله
بخلاف الاعتاق يعني ان الاعتاق عن الميت لم يكن ولان الاعتاق
لو صح عنه لزم ذلك المعتق عليه لان الولاء لمن اعتق وليس للوارث
ولاية الالزام على الميت بخلاف الاضحية عن الميت فانها جائزة لعدم
الالزام قوله فانه روينا من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء و
الفقراء ويدخر كذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى
والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير فاذكروا اسم الله
عليها صواف فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها واطعموا القانع
والمعتر والقانع السائل من قنع اليه اذا خضع
له في مسالته قنوعا والمعتر المعترض بغير سؤال او القانع
الراضي بما عنده وبما يعطى من غير سؤال من قنعت قنعا وقناعة

والمعتر

والمعتر المعترض للسؤال كذا في الكشاف وقال الزمخشري في نوابغه
الكبار يا ابا القاسم اقنع من القناعة لا من القنوع تستغن عن كل
معطاء ومنوع وروى البخاري في الصحيح باسناده الى عطاء انه سمع
جابر بن عبد الله قال كنا نتزود لحوم الاضاحي على عهد النبي صلى الله عليه وسلم
الى المدينة وروى البخاري ايضا باسناده الى سلمة بن الاكوع قال قال
النبي صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة وفي بيته منه شيء
فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله نفعل كما فعلنا العام الماضي
قال كلوا واطعموا وادخروا فان ذلك العام كان بالناس جهد فاردت
ان تعينوا فيها فلما جاز له الاكل فكذا الاطعام للخبر وهو غني
جاز له ان يطعم الاغنياء قال في شرح الطحاوي ولا يجوز الاكل من الدماء
الا من اربعة من الاضحية ودم المتعة ودم القران ودم التطوع
اذا بلغ محله وهو الحرم يعني لا يجوز الاكل من دماء الكفارات
والنذور وهدي الاحصار وهدي التطوع اذا لم يبلغ محله وقد مر
ذلك في كتاب الحج قوله ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث هذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الاثر والخبر تضمنا جواز الاكل و
التصدق والادخار فكانت الحالة ثلاثا فانقسمت عليها اثلاثا قوله
كما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم فكلوا منها وادخروا قوله
ويتصدق بجلدها هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه او يعمل
منه آلة تستعمل في البيت قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
ولا بأس بان يشتري بجلدها صحيفته متاعا للبيت مثله اطلق له الانتفاع بجلد
فما كان في معنى الانتفاع يجوز بيعه لا بالدراهم ولا يبيع الجلد يعني بالدراهم
لانه اطلق له الانتفاع دون البيع فان باعه تصدق بثمنه لانه قام مقامه
وقال محمد لو اشترى به الخل او الابزار فله ان يشتري ما
لا يؤكل مثل الغربال والثوب لانا اطلقنا له الانتفاع فكل ما كان في معنى
الانتفاع وذكر في المستند الاشياء التي ينتفع من جنس ما ذكرنا كالغربال فانه
ينتفع به مع بقاء عينه فيجوز استبداله بالجلد ولو اشترى باللحم جبنا جاز
لانه ينتفع به كما ينتفع باللحم اذ اللحم لا يؤكل منفردا وانما يؤكل مع الخبز
ولو اشترى باللحم متاع البيت فانه لا يجوز لان هذا الانتفاع لا يجانس
الانتفاع باللحم فلم يجعل له انتفاعا من حيث المعنى قال محمد والعتابي
في الكافي معناه انه لا يجوز بيع الكل لانه يخرج عن جهة التمول وقال
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه واما اللحم فالجواب فيه كالجواب في الجلد

ان باعه بالدراهم تصدق بثمنه وان باعه بشيء آخر ينتفع به جاز كما في الجلد
وانما ذكر محمد البيع في حق الجلد دون اللحم لانه بنى الأمر على ما هو الغالب
وفي الغالب في ينتفع بعين الجلد فيباع بشيء آخر ينتفع به وفي اللحم في الغالب
ينتفع به ولا يباع **قوله** استحسانا يعني ان الشراء بجلد الاضحية ما ينتفع به
مع بقاء عينه كالمنخل والغربال والجراب لا يكون بيعا لما روى ابو هريرة
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من باع جلد اضحيته فلا اضحية له وبالقياس
اخذ الشافعي كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فلهذا لم يجز بيعه
بالدراهم وجه الاستحسان انه جاز له الانتفاع بالجلد فيجوز له الاستبدال
لان البدل له حكم المبدل فكان القياس ان يجوز بيع الجلد بالدراهم ايضا
الا انا تركنا القياس بقوله صلى الله عليه وسلم لعلي ولا تعط اجر الجزار منها
فاذا اعطى اجر الجزار منها فقد صير بائعا اللحم والجلد بالدراهم
لان الاجر يكون دراهم وتقديرا ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه
غيره **قوله** كالخل والابازير الابزار التوابل جمع ابزار بالفتح كذا
في المغرب وفي بعضهم لنا قيل تفتح وجهه ابدع في الفتح الابازير
وابزرت غنا في صوته وأم ضربا تابلي بزره **قوله** واللحم بمنزلة الجلد
في الصحيح هذا اشارة الى ما ذهب شيخ الاسلام خواهر زاده وتقدم قبل
هذا واحترز به عما روي عن الاحناسي فقال انما في اللحم له ان يأكل
ويطعم لغيره عنه وفي الجلد له ان يشتري الغربال والمنخل ويتخذ
منه مسكا **قوله** لان القربة انتقلت الى بدله يعني نقول من يريد
به ان القربة ثابتة في الجلد فاذا باعه ولكن الاضحية فقط عنها
معنى التمول فلما باعه بالدراهم وجب عليه التصدق بها لما يلزم التمول
من الاضحية او بدلها قال الكرخي في مختصره فان باع الجلد بورق او ذهب
او فلوس تصدق به روى هذا احمد القاضي عن محمد وقال هشام
سمعت محمدا يقول في جلد الاضحية يشتري به غربالا او منخلا او متاع
البيت قال قلت له وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقولك قال نعم
قلت لمحمد اشتري به خلا او ابزارا قال لا قلت البيع لحق يشتري به
متاع البيت قال هما لا يؤكل وان اتخذته فروا جاز قلت يشتري به
ثوبا قال لا قلت فما الفرق لا يشتري خلا وما يشتري الجلد والمنخل وغيره
الا استحسانا قال لانه في القياس سواء ولكن لا يشتري به الخل الى هنا لفظ الكرخي
في مختصره **قوله** لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي تصدق بجلالها وخطمها
ولا تعط الجزار منها شيئا قال ابو داود في السنن حدثنا عمرو بن عون

قال

قال اخبرنا سفيان عن عبد الكريم الجزري عن مجاهد عن عبد الرحمن بن
ابي ليلى عن علي قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اقوم على بدنه
واقسم جلودها وجلالها وامرني ان لا اعطي الجزار منها شيئا
قال نحن نعطيه من عندنا ذكره في كتاب الحج والخطام الزمام جمعه خطم
قوله ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها
وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري وذلك
لانه يخل بمعنى التعظيم ولانه لما عينها للصرف الى الله تعالى لا يجوز
ان يصرفها الى نفسه لانه سعي في ابطال التعيين السابق بخلاف ما بعد
الذبح لان القربة حصلت بها بجميع اجزائها فجاز الانتفاع بها
بعد ذلك ولهذا جاز الاكل منها بعد الذبح فكذا جاز الانتفاع بالصوف ايضا
وكذا يكره ان يحلب لبنها لان ذلك جزء منها وهو ممنوع مما
يدخل النقص في الاضحية قال القدوري في شرحه من اصحابنا من قال
هذا في التي اوجبها وليست بواجبة مثل الفقير اذا اشترى او
الموسر اذا اشترى ثانية لان الايجاب يتعين فيها فلم يجز الرجوع في
جزء منها واما الموسر اذا عين اضحيته فلا بأس بان يحلبها او
يجز صوفها لان الوجوب لم يتعين فيها وانما هو في ذمته ويسقط بالذبح
ما ثبت في الذمة فاذا كانت عند الذبح بصفة الجواز كفاه ابتداؤها
على هذه الصفة واما اذا ذبحها في وقتها جاز له ان يحلب لبنها فيأكله
ويجز صوفها فينتفع به في الوجهين لان القربة تعينت فيها بالذبح
فجاز الانتفاع بلبنها وصوفها كما يجوز بلحمها قال الكرخي في مختصره
ولا ينبغي ان يحلبها قبل الذبح وان فعل تصدق باللبن ثم قال وان
كان في ضرعها لبن وهو يخاف عليها ان لم يحلبها ينضح ضرعها بالماء
البارد حتى ينقطع اللبن **قوله** والافضل ان يذبح اضحيته بيده
ان كان يحسن الذبح هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه ما
روي في السنن مسندا الى جابر بن عبد الله انه قال فجماعة الهدي الذي
قدم به علي من اليمن والذي اتى به النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة
مائة فنحر رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ثلاثا وستين وامر عليا فنحر ما غبر
اي ما بقي وقد مر في اواخر كتاب الحج وروى الكرخي في مختصره باسناده
الى علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا فاطمة قومي فاشهدي
اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب
اما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك سبعون ضعفا قال ابو سعيد
الخدري .

يا نبي الله هو لآل محمد خاصة فانهم اهل لما خصوا به من خير ام للآل كل
والمسلمين عامة قال لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وجدت الكرخي ذكر
في مختصره باسناده الى عمران بن الحصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
قومي يا فاطمة فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها
كل ذنب عملتيه وقولي ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين
لا شريك له وعن انس بن مالك قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى
بكبشين اقرنين املحين وكان يسمي ويكبر ولقد رايته يذبحهما بيده
واضعا على صفاحهما قدمه ولان الاضحية عبادة فالاولى في العبادات
ان يتولاها بنفسه ولكن اذا ولى غيره جاز لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
عليا ولانها قربة مالية والنيابة في الماليات جائزة كما في الزكوة وان
القدوري في شرح مختصر الكرخي وهذا عندنا اذا كان الرجل يحسن الذبح ويقدر
عليه واما اذا لم يحسن فتوليتها غيره اولى ويكره ذلك في حقه ايضا
تخرج بدنه فانه غير مقبولة ثم اقدر عليها فكذلك اهلكها
فيما قام الناس لانها تفرقت فاعتقد ان لا اجرها الا قليل
معقوله او اولى من هو اقدر منه على ذلك ويكره ان يذبحها الكتابي
وهذا لفظ القدوري في مختصره اذا امر المسلم نصرانيا او يهوديا
ان يذبح اضحيته فيفعل اجزاه لانه من اهل الذبح فصار ذبحه كذبح
المسلم سواء الا انه يكره لان الذبح للاضحية من امور الدين ولا ينبغي ان
يستعان باهل الكفر فيما هو من امور الدين بخلاف ما اذا امر مجوسيا بذبح
فانه لا يجزيه لانه ليس له اهلية الذكوة لانه لم يسلم ملة التوحيد الا انه
لا يضمن لانه فعل ذلك بالامر بخلاف ما اذا امر مسلما بالذبح فذبح وترك
التسمية عمدا فانه يضمن لانه خالف امره لان الامر ينصرف الى التسمية عمدا
قوله واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ
عنهما ولا ضمان عليهما وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا استحسان
وفي القياس لا يجزي ويجب الضمان على كل واحد منهما وبالقياس اخذ
زفر وفي الاصل ذكر في الصيد والذبائح في الاصل رجلان من
غلطا باضحيتهما فذبح كل واحد منهما اضحية صاحبه عن نفسه انه
يجزيهما استحسانا باضحية كل واحد منهما تقع عن صاحبها قال ابو العباس
قوله غلطا هذا شرط لانه قد ذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد
لو تعمد الرجل فذبح اضحيته رجل عن نفسه لم يجز عن صاحب الاضحية ولا يشبه
العمد الغلط ففي الغلط يجزي عن صاحبه وفي العمد لم يجزه عن صاحب الاضحية

ضمن الذابح قيمته في العمد لانه لا ضمن على الذابح وقد ذكر في املا
محمد بن الحسن رواية محمد بن حميد الرازي قال محمد لو ذبح الاضحية متعمدا
عن صاحبها يوم النحر ولم يامره بذلك اجزاه ايضا لانها لما تعينت
للذبح في ذلك هو استحسان وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره
فضمنها ولا اله يضمن قياسا على ما لو ذبح شاة اشتراها القصاب
وقياسا على ما لو ذبح في غير ايام الاضحية وقياسا على ما لو قال له
لا تذبح اما ذبحه بغير امره فصار كما هو لان الامر بالذبح لم
يوجد صريحا وكذا دلالة لان كل واحد منهما لا يخلو اما ان كان
قادرا على الذبح اولا فان كان قادرا فلا يستعين بغيره لئلا يفوته
المستحب لان المستحب ان يباشر الذبح بنفسه اذا كان يحسن ذلك وان لم
يكن قادرا فلا يستحيل تشهد الذبح ولم يوجد فلم يثبت الاذن دلالة
وجه الاستحسان انه ذبح شاة للتضحية تعينت للذبح فلا يضمن قياسا
على القصاب اذا شد رجلي الشاة وشد اضجعها ثم جاء انسان وذبح فانه
لا يضمن لانه ذبح شاة عينها المالك للذبح فكذا هذا ولما تعينت
للذبح صار الذابح ماذونا فيه عرفا والاذن الثابت عرفا
كالاذن الثابت بالنطق بدلالة ان من قدم طعاما الى بين يديه فقدم
لهم طعاما فانه ياكلونه بغير لفظ وكذا النثار في العرس اما شاة
القصاب فانما وجب ضمانها لانها لم تتعين للذبح لانه ربما يبيعها حية
وربما يبيعها مسلوخة والاضحية تعينت للذبح اما بفعل الشراء بنية
الاضحية اذا كان فقيرا او بالنذر بتعيينها واذا اشترى بنية الاضحية
وهو موسر يكره له ان يبدلها اخرى لما فيه من خلف الوعد فتعينت
من هذا الوجه في حق الموسر ايضا فاذا تعينت كان الذابح ماذونا
دلالة كما في القصاب اذا اضجعها وشد رجلها فكان المالك مستعينا
بكل من كان اهلا للذبح والجواب عن قوله انه لم يوجد الاذن دلالة
لفوات المستحب وهو الذبح بنفسه او شهوده الذبح فيقول ان فاته
مستحب واحد تحصل مستحبان آخران اذا ثبت الاذن دلالة لم يكن ما حصل
من المستحب اكثر مما فاته فكان اثبات الاذن اولى من عدمه
بيانه ان المستحب تضحيته ما عينها المالك حتى كره الابدال لغيره
فاذا لم يثبت الاذن دلالة لكل واحد منهما يفوت المستحب وهو التضحية
بالعين التي عينها صاحبها بسبب الاذن حتى يحصل هذا المستحب وايضا
في جواز الاضحية عن صاحبها تعجيلها والتعجيل افضل فاوجب تحصيل
المستحب الآخر

نعم ما قلنا ما ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح الاصل
ولعل المراد من هذا الجنس مسائل احداها هذه والثانية اذا امر طبخ لحم غيره
بغير امره ضمن فلو ان صاحب اللحم جعل اللحم في القدر ووضع القدر
على الكانون ووضع تحتها الحطب فجاء انسان واوقد النار فطبخ
فانه لا يضمن استحسانا والثالثة لو ان من طحن حنطة غيره بغير امره
يضمن فلو ان صاحب الحنطة جعل الحنطة في الدورق وربط عليه
الحمار فجاء انسان وساق الحمار وطحن فانه لا يضمن والرابع اذا
رفع جرة انسان بغير امره فانكسر يضمن فلو ان صاحب الجرة
رفع الجرة واشالها عليه فجاء انسان فانكسر فيما بينهما لا يضمن لانه
لما رفع الجرة صار مستعينا بكل من اعانه على الرفع من كل ولو ان
والخامس رجل حمل على دابة غيره شيئا حتى هلكت الدابة فانه يضمن
ومثله لو حمل المالك على دابته شيئا فسقط في الطريق فجاء انسان
ووضع فماتت الدابة انه لا ضمان عليه كذا هنا **قوله** في الدورق
قال في ديوان الادب الدورق مكيال الشراب وقال ابن دريد والدورق
الدورق الذي يستعمل فارسي معرب كذا في الجمهرة والمراد هنا هو الدلو
التي يكون فيها الحنطة عند الطحن فيما ينزل الحنطة الى قطب الرحى
قوله فهي خلافية زفر اي هذه المسئلة خلافية بين زفر
واصحابنا الثلاثة في حال ... **قوله** فان كانا قد اكلا ثم
علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما ذكرها تفريعا على مسئلة
المختصر وهي من مسائل النوادر قال القدوري في شرح مختصر الكرخي وقال
هشام عن ابي يوسف في نوادره في رجلين اشتريا اضحيتين فذبح كل واحد
منهما اضحية صاحبه غلطا عن نفسه واكلها فانه يجزي عن كل واحد
منهما في قول ابي حنيفة وقولنا ويحلل كل واحد منهما صاحبه
فان تشاحا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته وان كان بعد
انقضاء ايام النحر يتصدق بتلك القيمة لانه لما جاز احلال الملك لكل
واحد منهما كونا لفعلهما الآن ابتداء جاز ان يحللهما بعد اكلها
وله ان يضمنها اياه لان من اتلف لحم الاضحية ضمن ويتصدق بالقيمة
لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باعه **قوله** فان تشاحا فلكل
كل واحد منهما ان يضمن صاحبه **قوله** لان التضحية لما وقعت من صاحبه
كان اللحم له يعني ان التضحية لكل واحد منهما وقعت عن صاحبه لا
عن نفسه فكان اللحم لصاحبه ايضا فلما اكل المضحي ذلك
كان

كان متلفا لحم اضحية غيره فيضمن **قوله** كان الحكم ما ذكرناه وهو ان يضمن
قيمة اللحم ويتصدق بها **قوله** ومن غصب شاة فضحى بها ضمن
قيمتها وجاز عن اضحيته ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر ايضا
وعند زفر لا يجزي عن التضحية لانه لم يكن له ملك عند التضحية وجه قولنا
يجزيه عنها لانه ملكها بسابق الضمان مستندا الى وقت الغصب فكان
الملك ثابتا له عند التضحية بخلاف ما اذا ضحى شاة الوديعة حيث
لا يجزيه لانه يضمنها عند الذبح بالذبح فلا يثبت له الملك عند
التضحية لو جرى وانما يثبت الملك بعد وجود الذبح فلم يجزه لذلك
ونقل الناطفي في كتاب الاجناس عن اصل زفر لو غصب شاة
فذبحها عن المتعة او ضحى بها فضمن قيمتها اجزأه عنه في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وفي نوادر ابن رستم عن محمد لم يجز عن اضحيته وان كان مجوسا القيمة
وفي اضاحي الاملاء رواية بشر بن الوليد لو غصب شاة وذبحها عن الاضحية
ثم ادى قيمتها لا يجزيه لان لصاحب الاضحية ان يأخذها مذبوحة ولا يضمنه
قيمتها فهذه الرواية توافق قول محمد الى هنا لفظ الاجناس

كتاب ١٣ الكراهية

والمناسبة بين كتاب الاضحية
وكتاب الكراهية ان الكراهية توجد في عامة مسائل الاضحية ايضا
كالابي ان التضحية في ليالي ايام النحر مكروهة وكذا جز صوفها
وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي ثم عبارات
الكتب اختلفت في ترجمة هذا الكتاب وقد سماه محمد في الاصل كتاب
الاستحسان وعليه كتب اكثر مشايخنا كمختصر الكافي للحاكم الشهيد
وسماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي
مختصره والشيخ ابو الحسن الكرخي سماه في مختصره كتاب الحظر والاباحة
وتبعه القدوري وغيره في هذه التسمية وانما سمي كتاب الاستحسان
لما فيه من المسائل التي استحسنها العقل والشرع وانما سمي كتاب الحظر
والاباحة لما فيه من احكام الحظر والاباحة والكراهة والندب
فيما ذكره في الجامع الصغير في هذا المقام من المسائل لم يذكر ذلك
في شيء من الكتب وعامة مسائله من خواص الجامع الصغير كذا ذكر
فخر الاسلام في شرحه والكراهة مصدر من قولهم كره الشيء كرها
وكرها وكراهة وكراهية قال في المغرب وهي ضد المحبة والرضا
قال الله تعالى وعسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا
وهو شر لكم والمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد
الارادة عندنا

فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي اي لم يرض بها ولا يحبها وان كان
الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة ضد
الارادة ايضا على ما عرف في اصول الكلام وحد المكروه ما يكون تركه اولى
من تحصيله وقيل ما يكون الاولى ان لا يفعل وتكلم المشايخ في مراد
محمد من المكروه فقال بعضهم المكروه حرام كذلك روي عن محمد نصا الا انه
اذا لم يجد نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ المنصوص بالتحريم او التحليل وفي غير المنصوص
نقول في الحكم لا بأس وفي الحرمة اكره او لا يؤكل وروي عن ابي حنيفة
وابي يوسف انه الى الحرام اقرب والحرام هو الممنوع شرعا والحلال هو
المطلق بالاذن شرعا **قوله** قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن
والبانها وابوال الابل لفظ محمد في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة انه كان يكره لحوم الاتن والبانها وقال ايضا محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة قال اكره شرب ابوال الابل واكل لحوم الفرس
وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
ولم يذكر محمد اللبن الا في هذا الكتاب وذكر مذهبهما وقال الحاكم والاوزاعي
وبشر المريسي لحوم الحمر الاهلية حلال وتمامه ذكر في كتاب الذبائح
في فصل ما يحل اكله ولنا ما روى البخاري باسناده الى ابن عمر قال نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر وباقي البيان مر
مستوفى في كتاب الذبائح فاذا ثبت حكم اللحم ثبت حكم اللبن ايضا
لانه متولد منه وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير واختلف
اصحابنا في الحمار اذا ذبح ان لحمه طاهر وانه لا يؤكل واما شحمه فلا يؤكل
وهل ينتفع به في غير وجه الاكل اختلف فيه مشايخنا قال الفقيه لا يحل
كما لا يحل الاكل وقال بعضهم بل هو جائز لان تحريم الاكل يدل على
النجاسة وليس من ضرورة النجاسة حرمة الانتفاع به الا ترى ان الزيت
اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب انه لا يؤكل والانتفاع به جائز
فكذلك ههنا واما لحم الفرس فقد مر مستوفى في كتاب الذبائح
واما قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك كله ينصرف
الى لحم الفرس خاصة لان بول الفرس نجس عند ابي يوسف ايضا الا انه
احل شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارة في فصل
البئر وعند ابي حنيفة نجس وعند محمد طاهر حلال **قوله**
قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة
للرجال والنساء اي قال القدوري في مختصره وقال محمد في اصل الجامع الصغير

عن

عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كان يكره الاكل والشرب والادهان
في آنية الفضة وكان لا يرى بأسا بالاناء المفضض الى هنا لفظ محمد
والاصل فيه ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى الحكم عن ابن ابي ليلى
قال كان حذيفة بالمدائن فاستسقى فاتاه دهقان بقدح فضة
فرمى به فقال اني لم ارمه الا اني نهيته فلم ينته وان النبي صلى الله عليه وسلم
نهانا عن الحرير والديباج والشرب في آنية الذهب والفضة وقال هن لهم
في الدنيا وهن لكم في الآخرة وروى البخاري ايضا باسناده الى مجاهد
عن ابن ابي ليلى قال خرجنا مع حذيفة وذكر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تلبسوا الحرير والديباج
فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة وروى البخاري باسناده الى ام سلمة
زوج النبي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الذي يشرب في اناء الفضة انما يجرجر
في بطنه نار جهنم قال ابو سليمان الخطابي في شرح الصحيح اصل الجرجرة هدير
الفحل اذا هاج وقد جرجر الفحل اذا هدر في شقشقته ومثله
جرجرة الرحى قال واعرابه على وجهين احدهما ان يرفع النار على انه يصوت
في بطنه نار جهنم والوجه الآخر ان تنصبها كانه يجرجر في بطنه
نار جهنم كقوله تعالى انما يأكلون في بطونهم نارا وقال الزمخشري
في الفائق ما يحكى ما روي الا النصب فعل يرددها من جرجر
الفحل اذا ردد الصوت في حنجرته واذا ثبت حرمة الاكل والشرب
في آنية الذهب والفضة ثبت حرمة كل استعمال فيه نفع للبدن
كالادهان والتطيب فيهما لانه في معنى ذلك فيلحق بهما ولانه تشبه
بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين فيكون حراما
قال تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واستمتعتم بها وقال في
الكشاف وعن عمر رضي الله عنه لو شئت لدعوت بصلائق وصناب وكراكر
واسنمة ولكني رأيت الله نعى على قوم طيباتهم فقال اذهبتم طيباتكم
في حياتكم الدنيا وعنه لو شئت لكنت اطيبكم طعاما واحسنكم لباسا
ولكني استبقي طيباتي والصلائق جمع صليقة وهي الرقاقة كذا
في الفائق وكذا يكره الاكل والشرب بملعقة الذهب والفضة
وقال الكرخي بعد الذهب والفضة ويكره استعمال المكحلة منهما والمرآة
والمجمرة ونحوها للرجال والنساء وكذا الركاب واللجام والثفر
والكرسي والسرير ونحوهما واما الاكل والشرب في الاناء المفضض
فهو حلال الى ابي يوسف ويجي بيانه بعد هذا ان شاء الله تعالى

الوجه الصحيح

وانما استوى حال الرجال والنساء في الاكل والشرب ذكوركم لعموم النهي قوله
المتنعمين اي المتنعمين بها الاترفة اي المتنعمين اترفته النعمة اي اطغته
كذا في الديوان قوله لما ذكرنا اشاره الى قوله ولانه تشبه بزي المشركين
قوله ولا باس باستعمال آنيه الرصاص والزجاج والبلور
والعقيق اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وقال الشافعي
يكره من ذلك ما كان ثمينا كثمنه كالبلور وجه قوله انه في معنى الذهب
والفضة في التفاخر بها ولنا ان الاباحة العامة لقوله تعالى
قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده وكقوله تعالى هو الذي خلق
لكم ما في الارض جميعا ولانه ليس من جنس الاثمان فلا يكره استعماله
كغير الثمين فان قيل انما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن استعمال الذهب والفضة
لاجل التفاخر بها وهذا المعنى موجود في البلور ونحوه قلنا لا نسلم
ان المعنى ذلك ولئن سلمنا فنقول ذلك دليلنا لان النبي صلى الله عليه وسلم
لما نهى عن استعمال الذهب والفضة مع علمه ان التفاخر موجود في غيرهما
علم ان غيرهما لا يساويهما في التحريم او نقول ولئن سلمنا ان المعنى هو التفاخر
في الذهب والفضة ولكن لا نسلم ان هذا المعنى كان موجودا في البلور ونحوه
لانه لم يكن من عادة القوم التفاخر بغير الذهب والفضة فلم يعتبر وجود
ذلك بعلته العوامل فالاصل عدمه وكذا يمكن به قوله قال ويجوز
الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس
على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة
اي قال القدوري في مختصره بعد ذكر لفظ الجامع الصغير وهذا قال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال ولا باس المفضض فلا باس
بالاكل والشرب منه اذا لم يكن في موضع الفضة عند ابي حنيفة وكره
ذلك ابو يوسف وكذلك الاختلاف في المضبب كالاواني وكذلك الكرسي
المضبب بالذهب والفضة ولا باس بالجلوس عليه عند ابي حنيفة اذا لم يقعد
على موضع الذهب والفضة وكذلك الاختلاف اذا جعل ذلك في السقف جاز
عنده وكره ابو يوسف وكذلك اذا جعل ذلك في المسجد فلا باس به
عند ابي حنيفة وكذلك حلقة المرآة اذا كانت من الذهب والفضة
فلا باس عنده وكرهه ابو يوسف وكذلك اذا جعل المصحف مذهبا
او مفضضا لم يكره عند ابي حنيفة وكره عند ابي يوسف رحمهما الله اذا كان
يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع احتج ابو يوسف
بعموم ما ورد به النهي وقال من استعمل الاناء استعمل الكل جزءا منه

يكره

تكره كما اذا استعمله بعينه واحتج ابو حنيفة ان هذا تابع فلا يكره
كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ويشبه ذلك بالقرص
والكف الذي على خنصره خاتم فضة انه لا يكره وصار من جنس
التجمل وكره ابو يوسف وقال الخاتم لم يصح خبرا في الكف كلام قلنا
قال فخر الاسلام وكلام ابي يوسف اجلى بالسماع وقول محمد مثل قول ابي يوسف
حكاه القاضي ابو عاصم العامري في كتاب الحظر والاباحة
وحكى القاضي الشهيد في استحسان شرح الطحاوي مثل قوله
ابي حنيفة فصار محمد على ما نقل ثم فرقوا بين الجلوس على كرسي
الفضة وبين التختم بالفضة فان التختم بالفضة حلال في
العرف ان اطلاق القليل من الفضة والحرير انما كان ليكون انموذجا
فلا يكون الاطلاق على وجه يصير مقصودا اذا ثبت هذا فنقول
الحرير والديباج لباس اهل الجنة قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير
فوجب اطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه لا الاستغراق وهو
ليكون انموذجا للاكثر ليدل كالكثير للاجل فاما الفضة فليس دار
الاخرة فيها لباس فاما يكون فيها الكراسي وما اشبه ذلك فلو اطلقناه
لصار لبس ذلك مطلقا وعين الذي لا يصلح انموذجا فصار هو المقصود
نظير اللبس من الحرير وصار لبس الخاتم مثل افتراش الحرير
والذهب والفضة شيء واحد في المعنى فيصلح احدهما انموذجا عن الكل
كذا في شروح الجامع الصغير قوله ويتقي موضع الفم اي يتقي
موضع الفم وموضع اليد ايضا اذا كان الاناء مفضضا اي مرصعا بالفضة
قوله وقول محمد يروى مع ابي حنيفة وهي رواية الامام الاسبيجابي
ويروى مع ابي يوسف وهي رواية ابي عاصم وتقدم قبل هذا قوله
المضبب بالذهب اي المشدود به يقال باب مضبب اي مشدود بالضباب
جمع الضبة وهي حديدة العريضة التي يضبب بها قوله
وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا يعني
يكره عند ابي يوسف ولا يكره عند ابي حنيفة ذكره الكرخي في مختصره قوله
فلا باس به بالاجماع يعني اذا كانت هذه الاشياء مموهة بالذهب
والفضة كيف لا يتخلص فلا باس به ولا يكره عند ابي يوسف ايضا لانه مستهلك
كذا في سير العيون قال محمد ولا باس بان يكون في بيته شيء من
الديباج وفرش الديباج ولا يقعد عليها ولا ينام ولكن للتجمل
لا يشرب فيها قوله قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما

الذهب

فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل المسلم يكون له الاجير المجوسي او الخادم او التابع فيرسله
يشتري له لحما فيأتيه باللحم فيقول اشتريته من نصراني او يهودي
او مسلم أيسعه ان يأكل منه شيئا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وذلك لان خبر الكافر في المعاملات مقبول لاجل الضرورة فان
المعاملات يكثر وقوعها بين الناس ولو وجد في كل خبر عدل جامع
لشرط الشهادة من العدد والعدالة اصلا وان كان غير ذلك
اي ذبيحة مجوسي فهو حرام يعني اذا قال الاجير المجوسي اشتريته
من مجوسي كان حراما لان خبره قد اعتبر في الحل حين قال اشتريته
من الكتابي او المسلم ففي الحرمة اولى ان يعتبر اذا اخبر انه اشتراه
من المجوسي ولان الحل والحرمة من باب الديانات فلا يقبل خبر
الكافر في الديانات كما ذكر بعد هذا فينبغي ان لا يقبل خبر المجوسي
فيما ذكرنا لانا نقول نعم قول الكافر لا يعتبر قصدا في الديانات
ولكن فيما ذكرنا لم يثبت الحل والحرمة قصدا بل يثبت ضمن ثبوت الشراء
والشراء من المعاملات فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وقال
الفقيه ابو الليث السمرقندي كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يشترون من
العلوج وكانوا يعاملونهم ويصدقون قولهم على معاملتهم قوله قال ويجوز
ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي اي قال القدوري
في مختصره يعني اذا قال العبد او الصبي هذا الشيء هدية اهداها اليك فلان
او اذن لي مولاي في التجارة يعتمد على قوله وقال محمد في
الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة قال اذا جاءت امة رجل الى رجل
فقالت بعثني اليك مولاي هدية قال يسعه ان يأخذها الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير واصله ان خبر الواحد في المعاملات حجة
لاجماع المسلمين على ذلك بالكتاب والسنة فان الله تعالى جعل خبر الواحد
حجة في كتابه قال الله تعالى وجاء من اقصى المدينة رجل يسعى وقال تعالى
فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة وقد تواترت السنة على الصحابة
والتابعين قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري
هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقبل ما لم يكن ظاهر قول صحيح
وانما تركوا القياس للعادة الجارية انهم يقبلون قولها في الهدية
والاذن في سائر الاعصار من غير نكير ولانه لو اعتبر جواز ذلك لتعطل اكثر
البياعات

لنو

حامه
وبلاوت

ليشق على الناس فجوز لذلك وقد قالوا يجب ان يعمل في ذلك على
غلبة الظن حتى انه متى وقع من صفات المخبر ما اذا رأى العبد يبيع شيئا
لم يشتر منه حتى يسأله فاذا ذكر ان مولاه اذن له في ذلك وكان
ثقة فلا بأس بشرائه منه وكذلك اذا قال هذا اهداه اليك
مولاي فان كان اكبر رأيه انه كاذب او لم يكن له رأي لم يتعرض لشيء منه
لان الاصل انه محجور عليه والاذن طارئ فلا يجوز اثباته بالشك وانما
قبلنا قول العبد اذا كان ثقة في الاذن لانه من اخبار المعاملات
وهو اضعف من اخبار الديانات فاذا قبل قوله في اخبار الدين
ففي اخبار المعاملات اولى وقد قالوا في رجل في يده شيء اخبر
انه لغيره وانه وكله ببيعه او وهبه له او اشتراه منه فان
كان رجلا ثقة صدق فيما قال اذا كان اكبر رأيه انه صادق وان
كان اكبر رأيه انه كاذب لم يصدق وهذا اذا لم يعلم الملك لغير
البائع الا من جهته لان الناس في سائر الاعصار يقبلون قول
الوكلاء والدلالين من غير نكير وعلى هذا اذا علم ان الشيء لغير البائع
الا من جهته اعتبر في جوازه غلبة الظن وقد قالوا فيمن باع شيئا
ولم يخبر ان ذلك لغيره فلا بأس ان يشترى منه ويقبل قوله انه له
وان كان رجلا غير ثقة الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك الشيء فاحب
الي ان يتنزه عنه ولا يتعرض لشراء ولا غيره وانما جاز الشراء
لان اليد الظاهرة دلالة على الملك الا ان يعلم غيره ولان الناس
يتعاملون في سائر الاعصار من الثقات وغير الثقات من غير نكير
فدل على جوازه فاما اذا كان مثل ذلك الرجل لا يملك ذلك كالفقير
يبيع جواهر متمنة او علما اشبه ذلك فان الظاهر ينفي ان يكون مثل
ذلك له ولم يدع وكالة من جهة الغير فيرجع الى قوله فكان الاولى
التنزه في ذلك قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم
يفضي الى الحرج قوله قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق
ولا يقبل في الديانات الا قول العدل اي قال القدوري في مختصره اما
قول الفاسق في المعاملات فلان في اعتبار العدالة تضييقا
على الناس فلم يعتبر لذلك ولان في سائر الاعصار يقبلون قول
الدلالين والكافرين ويرجعون الى قولهم وان كانوا ليسوا بعدول
وقد جعلنا فيه على قبول قول الرسول في الهدية فكان اخبار
المعاملات معتبرة لذلك واما اشتراط العدالة في الديانات

و اما اشتراط العدالة في الديانات و
فلانها حق متعلق بالدين فلا يقبل فيها خبر غير العدل كما في اخبار رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهذا الذي ذكره مثل ان يخبره رجل مسلم
بنجاسة الماء فانه لا يجوز له ان يتوضأ به وان كان المخبر بنفسه ثقة
لكنه فاسق فالاولى ان يتيمم وان توضأ به جاز وكذلك
رجل تزوج امراة فاخبرها ثقة انهما ارتضعا فالاولى ان يفارقها
لان شهادة الواحد لا تثبت الرضاع ولكن يلزمه التنزه كذا في
شرح الاقطع والحاصل انا نجعل الخبر بنفسه حجة اربعة اقسام احدها
احكام الشرع التي هي فروع الدين وهي نوعان عبادات فخبر الواحد
العدل فيها حجة مع اشتراط الضبط والعقل وعقوبات فعند
ابي يوسف رحمه الله ان خبر الواحد حجة فيها وهو اختيار
الجصاص وقال الكرخي لا يكون حجة وجه القول الاول ان المعتبر
في كون خبر الواحد حجة ترجح جانب الصدق بالعدالة وذلك
حاصل وجه القول الثاني ان في اتصال خبر الواحد بنا نوع شبهة فلا يكون
حجة فيما يندرئ بالشبهات وهي العقوبات وهي حقوق
الله تعالى والقسم الثاني حقوق العباد التي فيها الزام محض
ويشترط فيها اهلية الملك فلا يثبت بخبر الواحد بل يشترط فيها العدد
والعدالة والاهلية ونفس لفظ الشهادة لانها تبتني على منازعة
متحققة بين الناس بمعارضة بين الدعوى والانكار فلا تصلح
نفس الخبر حجة الا بزيادة توكيد بما ذكرنا ومن القسم الاول الشهادة
على رؤية هلال رمضان اذا كان بالسماء علة ومن القسم الثاني الشهادة
على هلال الفطر لانه حق العباد لان فيه منفعة لهم ومن ذلك الاخبار
بحرمة الرضاع في ملك النكاح او ملك اليمين لانه تبتني على زوال
اي ملك المتعة لان الحل لا يكون بدون الملك والملك من حقوقهم
وان كان الحل والحرمة حق الله تعالى وكذلك الاخبار بالحرية في
الامة فان حرمة الفرج وان كانت من حق الله تعالى فثبوتها
تبتني على زوال الملك وهو حق العباد فلا يكون خبر الواحد
فيه حجة بخلاف طهارة الماء ونجاسته وحل الطعام او الشراب
وحرمته فانها من القسم الاول فان الحل لا يبتني فيه على زوال
الملك ضرورة والقسم الثالث حقوق العباد التي ليس فيها
الزام كالوكالات والمضاربات والاذن للعبد والرسائل والوكالة
والمعاملات فخبر الواحد فيها حجة اذا كان مميزا عدلا كان او غير عدل

صبيا

صبيا كان او بالغا كافرا كان او مسلما والقسم الرابع من حقوق العباد
ما فيه الزام من وجه دون وجه كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون
وفيه الزام لانه يلزم العهدة على الوكيل بعد العزل ويلزم
فساد العقد بعد الحجر وفيه عدم الالزام لان الموكل
او المولى يتصرف في حقه خاصة كالاذن ثم عند ابي حنيفة يشترط
في هذا القسم احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة خلافا
لهما حتى اذا اخبر واحد فضولي فاسق بان مولاه حجر عليه او
موكله عزله يثبت الحجر والعزل عندهما لانها من المعاملات
خلافا لابي حنيفة فانه يقول ان فيه معنى الالزام من وجه فلا بد من
اعتبار احد شطري الشهادة وليس الفضولي كالرسول لان كلام الرسول
ككلام المرسل فيثبت بخبره العزل والحجر وان كان فاسقا بالاتفاق كذا
في اصول شمس الائمة وغيرها **قوله** ولا يقبل قول المستور في
ظاهر الرواية اي لا يقبل في الديانات في ظاهر الرواية التي في
اصوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية
الاخبار لثبوت العدالة له ظاهرا بالحديث المروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض
ولهذا جوز ابو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت بالشبهات
اذا لم يطعن الخصم قال ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا
فان الفسق غالب في اهل هذا الزمان فلا يعتمد رواية المستور
ما لم يتبين عدالته كما لا يعتمد شهادته في القضاء قبل ان يظهر
عدالته **قوله** ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا
كانوا عدولا اي يقبل في الديانات **قوله** ممن لم يعامل فيما
ذكرناه وهو الهدية والاذن **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله امتثالا
التحري محمد وطين **قوله** وفيها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال
الملك اي ومن جملة الديانات ما في قبول الحل والحرمة خبر الواحد
اذا لم يلزم منه زوال الملك كما اذا قال هذا الطعام او هذا الشراب
حلال او حرام فاما اذا تضمن زوال الملك فلا يقبل الا شهادة
رجلين او رجل وامراتين كما اذا اخبر امراة او رجل عدل
ان الزوجين ارتضعا من امراة واحدة لا يثبت الحرمة لان
ثبوتها يتضمن زوال ملك المتعة فيشترط العدد والعدالة جميعا
قوله وفيها تفصيلات وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

أي في أخبار الديانات ونحوها بتفريعات للمسائل مثاله
أن الماء نجس ومثل مسألة أن هذا اللحم ذبيحة مجوسي ومثل
مسألة رؤية الهلال في رمضان أو الفطر ومثل مسألة أن الرجلين
ارتضعا من امرأة واحدة ونحو ذلك من تفصيلات يعني أن في كل مسألة الشهادة
منها تفصيلا في البيان وجملة ذلك ذكرها الحاكم في كتاب الاستحسان
من مختصر الكافي فقال إذا حضر المسافر الصلاة فلم يجد ماء إلا في إناء
أخبره رجل أنه قذر وهو عنده مسلم مرضي لم يتوضأ به
وكذلك إن كان المخبر عبدا أو امرأة حرة أو أمة فإن كان المخبر غير ثقة
أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يتحرى فيه فإن كان أكبر رأيه
أنه صادق تيمم ولم يتوضأ به وإن كان عنده غير صادق توضأ قوله
ثم لم يلتفت إلى قوله وأحب إلي ذلك ولا تيمم ولا يرى أن عمر بن الخطاب
حين ورد ماء حياض المدينة فقال عمرو بن العاص لرجل من أهل
أخبرنا عن السباع أترد ماءكم هذا فقال عمر لا تخبرنا عن شيء
فكره أن يخبره ولو أنه فاعل خبره خبرا ولولا ما نهاه عن ذلك
فإن كان الذي أخبره بنجاسته إنما رجل من أهل الذمة لم يقبل
قوله وإن وقع في نفسه أنه صادق فأحب إلي أن يهريق الماء
ثم يتيمم ويصلي وإن توضأ به وصلى أجزأه لأن هذا شيء من الدين
ولا تقوم الحجة فيه إلا بالمسلم وكذلك الصبي والمعتوه إذا عقلا
ما يقولان رجل دخل على قوم من المسلمين يأكلون طعاما أو يشربون
شرابا فدعوه إليه فقال له رجل مسلم ثقة لا تأكل من هذا اللحم
فإنه ذبيحة مجوسي أو تقول خالطه لحم الخنزير وهذا الشراب قد
خالطه الخمر وقال الذين دعوه إلى ذلك ليس الأمر كما قال فأخبروه
أنه حلال وينبغي أن ينظر في حالهم فإن كانوا عدولا
ثقات لم يلتفت إلى قول ذلك الرجل الواحد وإن كانوا متهمين
أخذ بقوله ولم يقربه [illegible] شيئا من ذلك والمسلم الواحد
حجة في هذا إذا كان عدلا ثقة عبدا كان أو أمة أو ذكرا أو أنثى
فإن كان في القوم رجلان ثقتان أخذ بقولهما وإن كان فيهم واحد
ثقة عمل بقوله على أكبر رأيه فإن لم يكن فيهم ثقة واستوى الحالان
عنده فلا بأس بأكل ذلك وشربه وكذلك الوضوء به في جميع هذا
فإن كان الذي أخبره أنه حلال مملوكان ثقتان والذي زعم أنه
حرام واحد ثقة فلا بأس بأكله وإن كان الذي زعم أنه حرام مملوكان ثقتان

والذي

والذي زعم أنه حلال رجل واحد ثقة فلا بأس بأن يأكله
وكذلك لو قال الذي أخبره بأحد الأمرين عبد ثقة وبالآخر حر ثقة
عمل بأكبر رأيه فيه وإن أخبره بأحد الأمرين مملوكان ثقتان
وبالآخر حران ثقتان أخذ بقول الحرين لأنهما حجة في باب الدين
والحكم جميعا وذكر حديث عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم
قبل شهادة أعرابي وحده على رؤية هلال رمضان فقدم الناس
فأخبرهم بأنه رآه فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصوموا
لشهادته ففيها ما يدل على أن شهادة الواحد في الدين جائزة
ولا تقبل على هلال الفطر إلا من رجلين حرين أو رجل
وامرأتين لأن هذا الفطر وإن كان من أمور الدين ففيه نفع
المنفعة لفطر الناس ولذلك الصوم ويحكم الحاكم فيه
ولا يقبل فيه من الشهادة إلا ما يقبل في الأحكام وكذلك الأضحى
ذكره في كتاب الشهادات ولا يقبل في هلال رمضان قول مسلم ولا
مسلمين إذا كانا غير ثقتين لا تجوز شهادتهما ذلك الشهر فأما عبد مسلم ثقة أو
امرأة مسلمة حرة ثقة أو أمة أو محدود في قذف تاب فتجوز شهادتهم في
ذلك فإن كان الذي شهد بذلك من المصر ولا علة في السماء لم تقبل
شهادته لأن الذي يقع في القلب من ذلك باطل وإن كان في
السماء علة من سحاب فأخبر أنه رآه من خلال السحاب أو جاء من
مكان آخر فأخبر بذلك وهو ثقة ينبغي للمسلمين أن يصوموا بشهادته
رجل تزوج امرأة فجاء مسلم ثقة رجل أو امرأة فأخبره أنهما
ارتضعا من امرأة واحدة فأحب إلي أن يتنزه منها فيطلقها ويعطيها
نصف الصداق إن لم يكن دخل بها وأحب إلي لها أن لا تأخذ
منه صداقا وأن تتنزه منه إن كان لم يدخل بها وإن أقاما على
نكاحهما لم يحرم ذلك عليهما وكذلك الرجل يشتري الجارية فيخبره
رجل ثقة أنها حرة الأبوين أو أنها أخته من الرضاعة فإن تنزه
عن وطئها فهو أفضل وإن لم يفعل وسعه ذلك وليس هذا
فارق هذا ما قبله من الوضوء والطعام لأن جميع ذلك يحل
بغير ملك وهذا لا يحل بغير ملك ألا ترى أن رجلا لو قال
لرجل كل طعامي هذا أو توضأ بمائي هذا أو اشربه وسعه أن
يفعل ذلك ولو قال طأ جاريتي هذه لم يفعل ذلك [illegible]
له ذلك حتى في نفسها لم يحل له الوطء حتى يتزوج الحرة أو يملك الأمة

أولا ترى أن الفرج لا يحل له إلا بالتزويج أو بملك اليمين ولا يبطل النكاح
والشراء والهبة بقول رجل واحد فإذا كان النكاح والملك لا ينقضان
وإنما حل الفرج بهما ولولاهما ما حل فهو على حاله حتى ينقض
بالذي به حل من ملك أو نكاح فأما الرجل المحرم فلا ينقض النكاح ولا الملك
ولا يكون لو أخذ في ذلك حجة لأنه إنما حل من وجه الحكم فلا تحرم
ولا من الوجه الذي حل منه وكل أمر يحل بالإذن فيه فالواحد
فيه حجة. مسلم اشترى لحما فلما قبضه أخبره مسلم ثقة أنه
ذبيحة مجوسي لم ينبغ له أن يأكله ولا يطعمه غيره ولا يرده
على صاحبه ولا يستحل منع البائع ثمنه لأن نقض الملك بقول
الواحد لا يجوز فإن قال قائل كيف تكره له أكله وإنما حل له
بالملك قيل وهذا مما يحل بالإذن فيه من غير ملك فإذا ملكه
فكأنه أذن له فيه ألا ترى أنه لو أذن له في أكله قبل الشراء فأخبره
ثقة أنه ذبيحة مجوسي لم يحل له أكله فإن اشتراه كان على الحال التي
كان عليها قبل الشراء لا ينبغي له أن يأكله ولو اشترى رجل طعاما أو جارية
أو ملكه بميراث أو هبة أو صدقة أو وصية فجاء مسلم ثقة
يشهد أن هذا لفلان الفلاني غصبه منه البائع أو الواهب أو الميت
فأحب إلينا أن يتنزه عن أكله وشربه والوضوء منه ووطء الجارية
وإن لم يتنزه كان في سعة وكذلك طعام أو شراب في يدي رجل أذن له
في أكله وشربه فقال له مسلم ثقة هذا غصب في يديه من فلان الذي في يديه
يكذبه ويزعم أنه له وهو متهم غير ثقة فأحب إلينا أن يتنزه عنه
فإن أكله أو شربه أو توضأ به كان في سعة فإن لم يجد وضوءا غيره
وهو في سعة توضأ به ولم يتيمم ولا يشبه هذا ما وصفت لك من
ذبيحة المجوسي ونجاسة الماء لأن هذا لم يذكر أنه حرام لعينه وقبل من
نفسه إنما ذكر أنه حرام لأن الذي في يديه لا يملكه وهو في
الحكم للذي في يديه حتى يقوم شاهدا عدل أنه لغيره فإذا
حكمنا أنه للذي في يديه حل استعماله ولو أن رجلا مسلما شهد عنده
رجل أن هذه الجارية التي في يد فلان المقرة له بالرق
أمة لفلان غصبها وهذا الذي في يديه يكذبه وهو غير مأمون
على ما ذكرته فأحب إلي أن لا يشتريها ولا يستخدمها ولا يطأها فهو
في سعة من ذلك وهذا أيسر في موضع المنازعة يوجب الاحتياط رحمه
ذبائحه لا ينقضا ولو أخبره أنها حرة الأصل أو أنها كانت لواحد

لهما

لهما الذي هي في يديه فاغتصبها والذي أخبره بذلك مسلم ثقة فأحب
إلي أن لا يفعل وهذا بمنزلة النكاح يشهد ثقة على الرضاع
وإذا كانت الجارية لرجل فأخذها رجل آخر فأراد بيعها لم ينبغ
لمن عرفها للأول أن يشتريها من هذا حتى يعلم أنها قد خرجت من ملكه
إلى ملك هذا الذي هي في يديه بشراء أو هبة أو صدقة أو يعلم أنه
قد وكله ببيعها وإن قال الذي هي في يديه إني قد اشتريتها
منه أو وهبها لي أو تصدق بها علي أو وكلني ببيعها فإن كان
ثقة مسلما فلا بأس أن يصدقه على ذلك ويشتريها
منه وكذلك إن وهبها له أو تصدق بها عليه حل له قبولها
ووطؤها وإن كان غير ثقة إلا أن أكبر رأيه فيه أنه صادق فكذلك
أيضا وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يعرض لشيء
من ذلك وكذلك الطعام والشراب في جميع ذلك وكذلك لو لم يعلم
أن ذلك الشيء لغير الذي هو في يديه حتى أخبره الذي هو في يديه
أنه لغيره وأنه وكله ببيعه أو تصدق به عليه أو وهبه له أو اشتراه
منه فإن كان مسلما ثقة صدقه بما قال وإن كان غير ثقة وأكبر
رأيه أنه صادق صدقه أيضا وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب
فيه لم يقبل ذلك منه ولم يشتره وإن كان لم يخبره أن ذلك
الشيء لغيره فلا بأس بشرائه وقبوله منه وإن كان غير ثقة
إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فأحب له أن يتنزه عنه
ولا يعرض له بشيء ولا غيره وإن اشترى وهو لا يعلم أنه
لغيره أو أخبره أنه له رجوت أن يكون في سعة من شرائه وقبوله
والتنزه عنه أفضل فإن كان الذي أتى به عبدا أو أمة لم ينبغ له
أن يشتريه منه ولا يقبله حتى يسأله عن ذلك فإن ذكر له أن
مولاه قد أذن له فيه وهو ثقة مأمون فلا بأس بشرائه منه وقبوله
وإن كان غير ثقة فإن كان أكبر رأيه أنه صادق فيما قال صدقه
وقبله وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يعرض لشيء من ذلك
وإن كان لا رأي له فيه لم يعرض لشيء منه وكذلك الغلام الذي
لم يبلغ حرا كان أو مملوكا فأخبر أنه أذن له في بيعه أو أن فلانا بعث
معه إليه هدية أو صدقة فإن كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه
أن يصدقه وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن
يقبل منه شيئا وكذلك الفقير إذا أتاه عبد أو أمة بصدقة من مولاه

ولو أن رجلا علم أن جارية لرجل يدعيها ثم رآها في يدي آخر
يبيعها ويزعم أنها كانت في يدي فلان وكان فلان يدعي أنها له
وكانت في يده بالرق غير أنها كانت لي وإنما أمرته بذلك لأمر
خفته وصدقته الجارية بذلك والرجل ثقة مسلم فلا بأس بشرائها
منه وإن كان عنده كاذبا فما أحب له أن يشتريها منه ولو
لم يقل هذا لكنه قال ظلمني وغصبني فجحدها لم ينبغ له أن
يعرض بشراء ولا بقبول لأن خبره منتزع في موضع المنازعة كان دعوى
والعدالة غير مرعية في باب الدعوى والخصومات وإن قال
كان غصبني وظلمني ثم رجع عن ظلمه فأقر لي ودفعها إلي وكان
عنده ثقة مأمونا فلا بأس بشرائها منه لأنه أخبر عن انقطاع المنازعة
وإن قال خاصمته إلى القاضي فقضى لي بها ببينة أقمتها عليه أو بنكوله
عن اليمين فكذلك إن كان عنده ثقة وأكبر رأيه أنه صادق وإن كان أكبر
رأيه أنه كاذب لم يشترها منه وكذلك في جميع هذه الوجوه إن
قال قضى لي بها فأخذتها منه أو دفعها إلي أو قال قضى لي بها فأخذتها
من منزله بإذنه أو بغير إذنه لأنه أخبر عن انقطاع المنازعة وإن قال
قضى لي بها فجحدني قضاءه فأخذتها منه لم ينبغ له أن يشتريها منه
لأنه أخبر عن قيام المنازعة وأما هو بمنزلة قوله اشتريتها منه
ونقدته ثمنها ثم أخذتها بغير أمره لم ينبغ له أن يشتريها منه
ولو قال اشتريتها من فلان وقبضتها بأمره ونقدته الثمن وكان
ثقة عنده مأمونا جاز الشراء منه ولو قال له رجل آخر إن فلانا
يجحد هذا الشراء ويزعم أنه لم يبع هذا منه والذي قال هذا أيضا
ثقة مأمون لم ينبغ له أن يتعرض لشيء من ذلك بشرى ولا غيره
إن كان الذي أخبره الخبر الثاني غير ثقة إلا أن أكبر ظنه أنه صادق
وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب وهو غير ثقة فلا بأس بشرائها منه وقبوله
وإن كانا جميعا غير ثقة وأكبر رأيه أن الثاني صادق لم يعرض لشيء
من ذلك لأن هذا من الدين وعليه أمور الناس ولو لم يعمل في هذا إلا
بما هو حق لضاق الأمر على الناس ألا يرى أن رجلا لو قدم بلدا وكان له
أو طعام أو شراب فعامله إنما يصادف غلاما أو عبدا أو شريكه وسعه
أن يشتري منه ذلك وكذلك العبد يقدم بلدا للتجارة ويدعي أن
مولاه أذن له في التجارة قال محمد وكذلك يسعه أن يقبل قوله
في ذلك وهذه الجملة كلها مذكورة في مختصر الكافي والله أعلم

قوله ومن دعي إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء
فلا بأس بأن يقعد ويأكل أي في الجامع الصغير وصورتها في محمد
عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يدعى إلى الوليمة والطعام فيجد
ثمة اللعب والغناء قال لا بأس بأن يقعد فيأكل منه وقال أبو حنيفة
قد ابتليت بهذا مرة إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهذه من
الخواص وذلك لأن الطعام حلال لكن حرام مجاورة الدعوة والحرام
عن ذلك فلا يترك السنة لأجل حرام اقترن بها وهي نظيرها كصلاة
الجنازة لا يترك لأجل صوت النائحة لأن صلاة الجنازة واجبة
فلا يترك بعدم تركها لاقتران المعصية لأنها فوقيه على ترك إجابة
الدعوة لا تترك لاقتران المعصية لأنها سنة وهي أضعف من الواجب إلا أنا نقول
إجابة الدعوة وإن كانت سنة إلا أنها في قوة الواجب لما روى صاحب السنن
بإسناده إلى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ومن دخل على غير دعوة دخل
سارقا وخرج مغيرا وروى في السنن أيضا مسندا إلى ابن عمر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها فإن كان مفطرا
فليطعم وإن كان صائما فليدع وروى في السنن أيضا مسندا إلى جابر
قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من دعي فليجب فإن شاء طعم وإن شاء
ترك ذكره في كتاب الأطعمة قالوا وهذا إذا كان في المنزل أما إذا كان
على المائدة فلا ينبغي له أن يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى
مع القوم الظالمين وهذا إذا كان خامل الذكر فإن كان يقتدى به فإنه
يخرج ولا يقعد معهم إذا كان لا يمكنه نهيهم لأن في قعوده فتح باب المعصية
وشينا للدين وأولوا قول أبي حنيفة ابتليت بهذا مرة على
أن ابتلاءه كان قبل أن يكون مقتدى به في العلم هذا إذا علم بعد الدخول
عليهم فإن علم قبل الدخول إن كان محترما يعلم أنه لو دخل عليهم
يتركون احتراما له فعليه أن يدخل لأن فيه ترك المعصية والنهي
عن المنكر وإن علم أنه لو دخل عليهم لا يتركون فلا يدخل عليهم
وقوله الغناء واللعب دليل على أن التحريم لا يختص بالمزامير
أن الضرب بالقصب المتخذ مع ذلك حرام أيضا لأن ذلك لعب واللعب
كله حرام إلا الثلاث التي استثنيت في الحديث وهي تأديب الرجل
فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله وقول أبي حنيفة
ابتليت دليل على أن اللعب والغناء حرام لأنه لولا ذلك ما سماه ابتلاء

يدل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي
معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر وهذا على سبيل
التهديد ويجب أن يجتنب كل الجهد حتى لا يسمع وإن سمع بغتة فلا إثم
عليه ومن مشايخنا من قال إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم
القوافي ويكون فصيح اللسان فلا بأس به ومنهم من قال إن كان
وحده يتغنى لدفع الوحشة عن نفسه فلا بأس وإنما المكروه
على قول هذا القائل ما يكون على سبيل اللهو وبه أخذ شمس الأئمة
السرخسي وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده أن جميع ذلك
مكروه عند علمائنا لقوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث
وقد جاء عن ابن عباس أن المراد به الغناء وهذا أصح وقد روي
عن أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل تعليم
المغنيات ولا بيعهن وأثمانهن حرام وفي مثل هذا نزلت هذه الآية
ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله إلى آخر الآية
وما من رجل يرفع صوته بالغناء إلا بعث الله عليه شيطانين أحدهما
على هذا المنكب والآخر على هذا المنكب فلا يزالان يضربانه بأرجلهما
حتى يكون هو الذي يسكت وفي السنن قال أبو وائل سمعت عبد الله
يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إن الغناء ينبت النفاق
في القلب وفي السنن أيضا مسندا إلى نافع قال سمع ابن عمر مزمارا
فوضع إصبعيه في أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل
تسمع شيئا قال فقلت لا قال فرفع إصبعيه من أذنيه قال كنت مع النبي
صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا ثم إذا كان
الشعر ذكر امرأة بعينها يكره إنشاده إذا كانت حية وإن كانت ميتة
فلا يكره وكذا لا يكره إذا كانت امرأة مرسلة قال الشيخ
أبو العباس الناطفي في الأجناس قال في كتاب الكراهية
إملاء سألت أبا يوسف عن الدف أتكرهه في غير العرس مثل
المرأة في منزلها والصبي قال فلا أكرهه وأما الذي يجيء منه اللعب
الفاحش والغناء فإني أكرهه ومما يؤخذ به الحسن بن زياد لو بنى
الرجل بامرأته ينبغي له أن يولم والوليمة حسنة ويدعو الجيران
والأصدقاء ويصنع لهم الطعام ويذبح ولا بأس أن يكون ليلة
العرس دف يضرب ليشهر ذلك ويعلن به النكاح وينبغي
للرجل أن يجيب الوليمة إن لم يفعل فهو آثم فإن كان صائما أجاب ودعا

وإن

وإن كان غير صائم أكل ولا بأس أن يدعو يومئذ ومن الغد
ومن بعد الغد ثم انقطع العرس انتهى لفظ الأجناس ونقل في
الأجناس أيضا عن كتاب الكراهية إملاء أكره للرجل أن يدع
دعوة جاره أو قريبه إذا كان عندهم العيدان والمزامير وقال
أبو يوسف أحب إلي أن لا يجيبهم وليس بفرض أن يجيب الدعوة ثم قال
ذلك في جانب من المنزل ولا بأس في جانب ما أحب إلي أن لا يجيبهم
قال أهل اللغة الوليمة طعام العرس والوكيرة طعام البناء
والخرس طعام الولادة وما تطعمه النفساء نفسها خرسة
والإعذار طعام الختان والنقيعة طعام القادم من سفره وكل
طعام صنع لدعوة مأدبة ومأدبة جميعا والدعوة الخاصة
النقرى والعامة الجفلى والأجفلى والغنى بالكسر والقصر
ضد الفقر يكتب بالياء وبالمد السماع يكتب بالألف من قول
ابن دريد في المقصور والممدود والغنى يدعو الغنى إلى الملاهي
والغناء قوله هجم عليه أي أتى على اللعب والغناء من غير علم
بذلك حين دعي إلى الوليمة والله أعلم فصل في اللبس قوله
قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء أي قال القدوري
في مختصره والأصل فيه ما روى البخاري مسندا إلى عمر
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما يلبس الحرير في الدنيا من لا خلاق
له في الآخرة [illegible] ولا تأكلوا ولا
وروى عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تشربوا في
آنية الذهب والفضة ولا تلبسوا الحرير والديباج فإنها لهم في الدنيا
ولكم في الآخرة وإنما حل للنساء لبس الحرير بحديث آخر روي في
السنن وغيره مسندا إلى علي رضي الله عنه قال إن نبي الله صلى الله عليه وسلم
أخذ حريرا فجعله في يمينه وأخذ ذهبا فجعله في شماله ثم قال
إن هذين حرام على ذكور أمتي وفي رواية قال حل لإناثهم وحدث
الكرخي في مختصره بإسناده إلى أبي موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
أحل لبس الحرير والذهب لإناث أمتي وحرم على ذكورها وقال
محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن عمر بن الخطاب
بعث جيشا ففتح الله عليهم وأصابوا غنائم كثيرة فلما أقبلوا
بلغ عمر بن الخطاب أنهم قد دنوا فخرج بالناس يستقبلهم فلما
بلغهم خروج عمر بالناس لبسوا ما معهم من الحرير والديباج

فلما رآهم عمر غضب واعرض عنهم فقالوا القوا ثيابنا اهل النار
فلما راوا غضب عمر القوها ثم اقبلوا يعتذرون فقالوا انا
لبسناها لشرك الله الذي انا علمنا فالكسرى ذكر عن عمر ثم
رخص في العلم الا اصبع واصبعين والثلاث والاربع قال محمد
وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة وحدث صاحب السنن باسناده الى
ابي عثمان النهدي قال كتب عمر الى عتبة بن فرقد ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن الحرير الا ما كان هكذا وهكذا اصبعين وثلاثة واربعة
وحدث صاحب السنن ايضا باسناده الى ابي عمر مولى اسماء بنت
ابي بكر قال رايت ابن عمر في السوق اشترى ثوبا شاميا فرأى فيه خيطا
احمر فرده فاتيت اسماء فذكرت ذلك لها فقالت يا جارية ناوليني
جبة رسول الله فاخرجت جبة طيالسة مكفوفة الجيب و
الكمين والفرجين بالديباج وحدث صاحب السنن ايضا باسناده الى
ابن عباس قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
الثوب المصمت من الحرير فاما العلم من الحرير وسدى الثوب فلا
باس به وحدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى سويد بن غفلة
ان عمر بن الخطاب خطب بالجابية فقال نهى نبي الله صلى الله عليه وسلم
عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاث او اربع وحدثنا الطحاوي
ايضا باسناده الى ابي عثمان النهدي قال اتانا كتاب عمر ونحن
باذربيجان مع عتبة بن فرقد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهانا عن الحرير الا هكذا قال فما علمنا انها الا الاعلام وحدث البخاري
باسناده الى نافع عن ابن عمر قال ابصر رسول الله صلى الله عليه وسلم
حلة سيراء اتي عطارد فكرهها له ونهاه عنها ثم انه كسا عمر
مثلها فقال يا رسول الله قلت في حلة عطارد ما قلت ثم كسوتني هذه
فقال اني لم اكسكها لتلبسها اني اعطيتكها لتلبسها النساء
فعلم بهذه الاحاديث ان النهي عن لبس الحرير للرجال دون النساء
وبعض الناس اباحوا للرجال ايضا لما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم خرج وعليه قباء من ديباج مزرر بذهب فقال
يا مخرمة خبأته لك فاعطاه اياه ذكره الطحاوي في شرح الآثار
فيقول هذا كان ثم نسخ بما روينا وبعض الناس كره للنساء
ايضا لما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة
قال اخبرني ابو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا ايها الناس

لا تلبسوا

[Margin: حلة سيراء نوع من البرود فيه حرير سمي سيرا للتخطيط فيه والثوب المسير الذي فيه سيرا ... لعله حلة]

[illegible]

يقول
لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة قال ابن الزبير من لم يلبسه
في الآخرة لم يدخل الجنة وجوابه ان المراد منه الرجال دون
النساء ولئن المراد منه العموم يدل لقوله صلى الله عليه وسلم حل لاناثهم و
بدليل حديث ابن عمر في حلة عطارد حيث اباح النبي صلى الله عليه وسلم
للنساء **قوله** قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة
وقالا يكره اي قال القدوري في مختصره وقال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كره لبس الحرير والديباج ولم ير بتوسده
والنوم عليه باسا وقال محمد اكره ذلك كله الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير ولم يذكر فيه قول ابي يوسف كما ترى وهذه من الخواص وقد
ذكر الكرخي قول ابي يوسف مع محمد وتبعه القدوري وعبره قال الكرخي قال
ابو يوسف لا باس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليه وكرهه
ابو يوسف ومحمد وقال بشر عن ابي يوسف [illegible] الى هنا لفظ الكرخي
وذكر الفقيه ابو الليث قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير
وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكذلك الاختلاف في ستر الحرير
وتعليقه على الابواب يعني لا باس به عند ابي حنيفة ويكره عند محمد لهما
العمومات في تحريم الحرير وهي تشمل اللبس والتوسد جميعا ولانه
تشبه بزي المتكبرين من الاعاجم وذلك حرام لما روي عن عمر انه قال
اياكم وزي الاعاجم وعن سعد بن ابي وقاص انه قال لان اتكئ على
جمر الغضا احب الي من ان اتكئ على حرير ولانه لا يكون لبسه فلا يكون
افتراشه كالذهب ولابي حنيفة ما روى اصحابنا في كتبهم ان انسا
حضر وليمة فجلس على وسادة حرير فيها طيور وان انسا كان من
مشاهير الصحابة وزهادهم وكان خادم رسول الله مدة مقدم رسول الله
صلى الله عليه وسلم المدينة الى وفاته فلولا انه عرف ذلك حلالا لما فعل
وعن ابي راشد قال رايت على فراش ابن عباس او مجلسه مرفقة
من حرير والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء ولان القليل من
الملبوس حلال وهو العلم فكذا القليل من اللبس وهو التوسد و
الافتراش لانه ليس لبسا كاملا وذلك لان التوسد والافتراش
والنوم عليه استعمال وهو مع ذلك فيهما نقص عن
الاستعمال والتزين فيه فلم يتعدد حكم التحريم من اللبس الذي هو
الاستعمال الكامل اليه فلم يحرم بل كان تقليلا للبس وانموذجا وترغيبا

[Margin: اصل / ابو يوسف]

في نعيم الآخرة ويعلم أن الإسلام عن نوادرها أم محمد أنه كره
تكة الديباج والإبريسم وفي الفتاوى الصغرى ولا بأس بتكة
الحرير عند أبي حنيفة **قوله** في الجامع كونه نموذجا هو بفتح
النون معرب نموذج والأنموذج بضم الهمزة يعني أن نهينا القدر
من لذته ليعلم ما أعد له في الآخرة منها ويرغب فيما يكون سببا
لتحصيل ذلك **قوله** قالوا ولا بأس بلبس الحرير والديباج
في الحرب عندهما وفي مختصر القدوري وصورتها في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة أنه كان لا يرى بأسا بلبس ما كان سداه
حريرا ولحمته غير ذلك ويكره ما كان لحمته حريرا وسداه
غير حرير في غير الحرب ولا يرى بأسا في الحرب وما كان حريرا كله
فإنه يكرهه في كل شيء وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بلبس الحرير
والديباج في الحرب إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير أما لبس ما سداه
حرير ولحمته غير حرير لا يكره في الأحوال كلها لأن عامة الصحابة
كانوا يلبسون الخز والخز سداه من الحرير ولأن الثوب يصير
منسوجا باللحمة فكان بمنزلة الحشو بخلاف ما كان لحمته من الحرير
لأن اللحمة يكون على ظاهر الثوب يرى ويشاهد فلا يلاقي البشرة
فكان تزيينا باللبس هكذا نقل عن الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي
وهذه النكتة تقتضي أن السدا لو كان ظاهرا كما في العتابي يكره لبسه
ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج وهو تركيب السدا باللحمة فكان
صيرورته ثوبا مضافا إلى اللحمة لأن الشيء إذا تعلق بوجوده
بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا فهذه النكتة تقتضي
إباحة العتابي ونحوه وأما لبس ما كان لحمته حريرا وسداه غير ذلك
لا بأس به في الحرب لأن لبس الحرير يباح عند الضرورة ألا
ترى إلى ما روى البخاري وغيره مسندا إلى أنس أنه رخص النبي صلى الله
عليه وسلم للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكة بهما والحاجة
إلى لبسه في الحرب شيئان أحدهما التهييب بصورته وهو بريقه ولمعانه
ولونه والثاني دفع مضرة السلاح لأن الحرير يدفع مضرة
السلاح وأما ما هو حرير كله فلا يباح في الحرب أيضا عند أبي حنيفة
وقالا لا بأس به في الحرب لما روى الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم
رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن الحاجة ماسة إلى ذلك
لأن ما خلص منه أدفع لمضرة السلاح وأهيب ولأبي حنيفة

عموم

عموم قوله صلى الله عليه وسلم هذان محرمان على ذكور أمتي ولم يفصل
بين الحرب وغيرها وروي عن الحسن البصري أنه كره لبس
الحرير في الحرب وعن عكرمة هكذا كذا ذكر الفقيه أبو الليث
في شرح الجامع الصغير ولأن الحرام لا يباح إلا للضرورة
والضرورة تندفع بالأدنى وهو المخلوط وهو ما كان لحمته حريرا
فلا حاجة إلى المصير إلى الحرير الخالص وهذا لأن البريق
واللمعان إنما يكون للظاهر واللحمة يكون على الظاهر وأنه يدفع معرة
السلاح والمخلوط وإن كان حريرا في الحكم فهو سميك الغزل فكان
دون الحرير الخالص والضرورة اندفعت بالأدنى فلا يصار إلى الأعلى
والجواب عما رواه الشعبي نقول لا نسلم أنه صحيح ولئن سلمنا فنقول ذلك
محمول على المخلوط ولا نزاع في جوازه وإنا حملنا عليه [illegible] المبيح
والمحرم والشعبي اسمه عامر بن شراحيل من كبار التابعين كان
مولده لست سنين مضت من خلافة عثمان وقال الواقدي إنه
مات سنة خمس ومائة وهو ابن سبع وسبعين سنة **قوله** قالوا ولا بأس بلبس ما سداه ثم
حرير ولحمته غير حرير أي في الجامع الصغير وصورتها فيه ذكرناها
قبل هذا يعني الحرب وغيرها بالاتفاق والبيان مر آنفا **قوله**
وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا بأس به في الحرب
للضرورة ويكره في غيرها لانعدامها أي لانعدام الضرورة هذه مسألة الجامع الصغير وهي
بالاتفاق وقد مر تصويرها مع بيانها **قوله** على ما بينا إشارة إلى
قوله لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة **قوله** قال ولا
يجوز للرجال التحلي بالذهب أي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
ولا بالفضة إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة
والأصل في الذهب قوله صلى الله عليه وسلم هما محرمان على ذكور أمتي
فيكون التحلي حراما بهذا الحديث بالذهب والفضة في معناه
لأنهما جنس واحد ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة بالقيمة
عند أبي حنيفة وبالأجزاء عندهما فيكون التحلي بالفضة أيضا
حراما إلا أن التختم بها جاز لورود السنة بذلك ولأن في التحلي بالذهب
والفضة تشبها بالنساء والتشبه بهن حرام بدليل ما روي في كتاب اللباس
من كتاب السنن مسندا إلى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن المتشبهات من النساء
بالرجال والمتشبهين من الرجال بالنساء رواه البخاري أيضا
وروى صاحب السنن أيضا مسندا إلى أبي هريرة قال لعن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الرجل يلبس لبسة المرأة والمرأة تلبس لبسة الرجل

وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى ابن ابي مليكة انه قيل لعائشة ان
امرأة تلبس النعل فقالت لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجلة من النساء
وروى ابو محمد الاصبهاني في كتاب اخلاق النبي صلى الله عليه وسلم باسناده الى
مرزوق قال صقلت سيف النبي صلى الله عليه وسلم ذا الفقار وكانت قبيعته من فضة
وفي وسطه بكرة او بكرات فضة وفي قيده حلق فضة وقال في شرح
الاقطع فاما الخاتم والمنطقة وحلية السيف فقال ابو يوسف ولا
حلال في ذلك آثار تقتضي الرخصة فيها **قوله** وفي الجامع الصغير
ولا يتختم الا بالفضة وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن
ابي حنيفة قال لا يتختم الا بالفضة وكان لا يرى بأسا بالفص ان يكون
فيه الحجر يكون فيه مسمار ذهب الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وهي من الخواص وهذا نص على ان التختم بالحجر الذي يقال له
يشب حرام لانه اطلق النهي حيث قال لا يتختم الا بالفضة ومن
الناس من اباح التختم بذلك لان النهي ورد عن التختم بالذهب والحديد
والصفر وليس هو من جملتها قال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع
الصغير ثم ظاهر لفظ الكتاب يكره بعض مشايخنا التختم
باليشب ولا يصح انه لا بأس بذلك وان مراده كراهة التختم
بالذهب والحديد على ما ورد به الاثر انه زي اهل النار واما
اليشب ونحوه فلا بأس بالتختم به كالعقيق فقد ورد الاثر ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق الى هنا لفظ شمس الائمة ومن الناس
من اباح التختم بالذهب لما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى محمد بن
مالك قال رأيت على البراء خاتما من ذهب فقيل له فقال قسم رسول الله
صلى الله عليه وسلم فالبسنيه وقال البس ما كساك الله ورسوله
وروى الطحاوي ايضا باسناده الى مصعب بن سعد قال رأيت في يد طلحة بن
عبيد الله خاتما من ذهب ورأيت في يد صهيب خاتما من ذهب ورأيت
في يد سعد خاتما من ذهب وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى يحيى بن
سعيد بن العاص ان سعيد بن العاص قتل وفي يده خاتم من ذهب
ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة ورد مشتركا بين الذهب
والفضة ثم لما جاء التختم بالفضة دل ذلك على جواز التختم
بالذهب لقلته ووجه قول عامة الفقهاء ما حدث البخاري في الصحيح
مسندا الى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اتخذ خاتما من ذهب وجعل فصه مما يلي باطن كفه ونقش فيه محمد رسول الله
فاتخذ الناس مثله فلما رآهم اتخذوها رمى به وقال لا ألبسه ابدا

ثم اتخذ خاتما من فضة فاتخذ الناس خواتيم الفضة قال ابن عمر
فلبس الخاتم بعد النبي صلى الله عليه وسلم ابو بكر ثم عمر ثم عثمان حتى وقع من
عثمان في بئر اريس وروى الطحاوي باسناده الى علي بن ابي طالب قال
نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تختم الذهب وروى
الطحاوي ايضا باسناده الى البراء قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن خاتم الذهب وروى ايضا باسناده الى عمران بن حصين وابي هريرة
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خاتم الذهب وروى
صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن بريدة عن ابيه ان رجلا جاء
الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم من شبه فقال له ما لي اجد
منك ريح الاصنام فطرحه ثم جاء وعليه خاتم من حديد فقال
ما لي ارى عليك حلية اهل النار فطرحه فقال يا رسول الله من اي
شيء اتخذه قال اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالا فعلم بما روينا
ان التختم بالذهب والحديد والصفر حرام فالحق اليشب بذلك
لانه قد يتخذ منه الاصنام فاشبه الشبه الذي هو منصوص عليه
بالنص والحرام عن حد الخصم فعلوا ان ذكر شرح ما رويناه وقال
في الجامع الصغير وكان لا يرى بأسا بالفص يكون فيه الحجر ويجعل
فيه مسمار ذهب وهذا دليل ان الحجر في الفص والمسمار من الذهب
فيه لا يكره لانه قليل تابع للحلقة حيث كان صغيرا فيه والعبرة
للمتبوع لا للتابع فصار كالعلم في الحرير ونقل صاحب الاجناس عن
المأخوذ به لكن لا بأس للرجل ان يتخذ خاتما من فضة فصه منه
وان يجعل فصه من جزع او عقيق او فيروزج او ياقوت او زمرد
فلا بأس وان ينقش عليه اسمه واسم ابيه او ما بدا له من ذكر الله
كقوله الحمد لله او نعم القادر الله فلا بأس **قوله** وانما يتختم
القاضي او السلطان قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير
ثم التختم انما يكون سنة اذا كانت له حاجة الى التختم بان كان سلطانا
او قاضيا اما اذا لم يكن محتاجا الى التختم فالترك افضل
فاذا تختم ينبغي ان يجعل الفص الى باطن الكف لا الى ظاهر الكف
بخلاف النسوان فانهن لا يفعلن هكذا ولا بأس بذلك وقال
في الاجناس وينبغي ان يلبس خاتمه في خنصره اليسرى ولا يلبسه في اليمنى
ولا في غير خنصره اليسرى من اصابعه وسوى الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير بين اليمنى واليسار وهو الحق لانه قد اختلفت الروايات

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك وروى صاحب السنن باسناده
الى علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم في يمينه وروى ايضا
باسناده الى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم في يساره و
كان فصه في باطن كفه وروى صاحب السنن باسناده الى محمد بن اسحق
قال رأيت على الصلت بن عبد الله بن نوفل بن عبد المطلب خاتما في
خنصره اليمنى فقلت ما هذا فقال رأيت ابن عباس يلبس خاتمه
هكذا وجعل فصه على ظهرها قال ولا اخال ابن عباس الا
وقد كان يذكر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلبس خاتمه
كذلك وقال الفقيه ان التختم في اليمين من علامات اهل البغي
ليس بشيء لان النقل الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفي ذلك
قوله قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا
عند ابي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يتحرك سنه قال
يكره ان يشدها بالذهب وقال محمد لا بأس به وكان ابو حنيفة لا يرى
بأسا ان يشدها بالفضة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال
فخر الاسلام البزدوي هذا اشارة الى قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة
وروي عنه في الامالي مثل قول محمد وهو يحكي انه الاختلاف الذي
رجع اليه وذكر في الامالي عن ابي حنيفة انه لم ير بالذهب بأسا ايضا
الى هنا لفظ فخر الاسلام وقال الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي يوسف
في كتاب الاشربة من الامالي ان رجلا تحركت ثنيته فلم يسقط
فخاف سقوطها فشدها بذهب او فضة لم يكن به بأس في قول
ابي حنيفة رواية وفي قول ابي يوسف ليس هذا كالحلي هذا
بمنزلة في العضو ثم قال الكرخي فيه قال ان سقطت ثنيته
قال ابو حنيفة كان يكره ان يعيدها او يشدها بفضة او ذهب
ويقول هي كسن ميتة اخذها فيشدها مكانها ولكن يأخذ
سن شاة ذكية فيشدها مكانها وخالفه ابو يوسف فقال لا بأس
بان يشد ثنيته في موضعها قال ولا تشبه سنه سن ميت استحسن
ذلك وبينهما فصل عندي وان لم يحضرني ذكره ثم قال الكرخي
وقال بشر عن ابي يوسف في نوادره قال ابو حنيفة لا بأس
ان يشدها بالفضة ما لم ينفع فاذا نفع فلا خير ان يشدها
بالذهب ولا فضة فاذا لم ينفع فانه يكره الذهب وهو قول ابي يوسف

ثم رجع ابو يوسف فقال لا بأس ان يشدها بالذهب وقال الشر
عندي في موضع اخر من نوادره قال ابو يوسف لا بأس به ولا بأس بتحليته
فلا بأس ان يشدها اذا تحركت ولا بأس ان يعيد اذنه
الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وتفسيره في الاجناس عن كتاب الكراهية
لو ان رجلا قطع قطعة من الاذن فخيطت فالتأمت فتركت
مكانها ولا يقلع وجه قول محمد ما روى الطحاوي في شرح الاثار
باسناده الى عرفجة بن سعد انه اصيب انفه يوم الكلاب في
الجاهلية فاتخذ انفا من ورق فانتن عليه فشكا ذلك الى النبي
عليه السلام فامره ان يتخذ انفا من ذهب ففعل وجه الاول
ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح لعرفجة ان يتخذ انفا من
ذهب اذ كان لا ينتن مقام الفضة التي كانت تنتن وكذلك
في شد السن بالذهب بدلا من الفضة لانه لا ينتن فلما اباح
النبي صلى الله عليه وسلم في الانف الذهب بدلا من الفضة لعلة
ان الفضة تنتن جاز لنا ان نجري هذا الحكم في كل موضع
تنتن الفضة فيه ان يستعمل الذهب بدلا منه والشيخ ابو جعفر
الطحاوي اخذ بقول محمد في شرح الاثار وقال في خنسه قوله صلى الله عليه وسلم
هما محرمان على ذكور امتي حل لاناثهم ان الحرام قد يستباح لاجل
الضرورة والضرورة قد تندفع بالادنى وهو الفضة فلا حاجة
الى الاعلى وهو الذهب والاوى ان التختم بالفضة مباح دون التختم
بالذهب وفي الانف لا تندفع الضرورة بالادنى فيصار الى الاعلى
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير اشار في السير
الكبير ان قوله في الانف على الاتفاق اذا انتن او خيف ذلك
يعني يكون وصل الانف بالذهب اتفاقا اذا انتن او خيف
النتن وذكر الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي خلافا
في الانف ايضا يعني يكره وصل الانف بالذهب ايضا عند ابي حنيفة
والثاني صحيح ولكن فيه نظر لانه لم يثبت في كتب محمد بن الحسن والكرخي و
الطحاوي والنقل الجواز في الانف منصوص عليه فكيف
خالف ابو حنيفة النص ومحمد ايضا يقيس شد السن بالذهب
على وصل الانف بالذهب فلولا انه مجمع عليه فكيف يصح قياسه
نعم يفهم هنا ان الصحيح من رواية المنظومة وجوزنا
كره وصل انف مذهب باسناد الفعل الى ضمير الجماعة

أو ما يرى مع بعض النسخ وجوّز الكوفيون وصل الموصول بإسناد الفعل
إلى ضمير الاثنين وكان في النسخة لا نوله وجوّزوا في وصل
أن فذهب بإسناد الفعل إلى ضمير الاثنين وحرف في
لأنه تخصيص مذهبها بمذهب أبي حنيفة حتى يكون بخلاف
ذلك وليس مذهبه في الأثر كذلك فلنا فعلمت من هذا
أن نجعله للتنفي نصفا ه إليوا نسبين خطأ وما وقع فيه صح
زلة عن قلمه التفكر ثم رجعه قول أبي حنيفة أن السن إذا انقطع
لا ينعاد لأن الهان من الحي ميت وقال أبو يوسف السن تحتسب بالموت
وإنما تكره سن غيره لأنها مستقذرة طبعا وهذا المعنى صح
لا يوجد في سن نفسه ولقائل أن يقول قاعدة المحمد ولا يلام
أن الضرورة في شد السن يرتفع بالفضة لأنها لا تنتن فكان
الحاجة إلى الذهب فائتة **قوله** يوم الكلاب الكلاب بضم
الكاف وتخفيف اللام اسم ماء بين الكوفة والبصرة
كانت فيه وقعة عظيمة للعرب في حدثها طول وللعرب
فيها أشعار منها قول امرئ القيس وقد طوفت في الآفاق
حتى رضيت من الغنيمة بالإياب وأعلم أني عما قليل سأنشب
في شبا ظفر وناب كما لاقى أبي حجر وجدي ولا أنسى
قتيلا بالكلاب بذبتا كل شيء حوله ومنها قول الفرزدق
شبوح منهم عمرو بن سعد وسفيان الذي وردا الكلابا
ومنها قول الأخطل أبني كليب إن عمي اللذا قتلا
الملوك وفككا الأغلالا وأخوهما السفاح ظمّأ خيله حتى
وردن جبى الكلاب نهالا كذا حين من لقوم الكلاب عليهم
كتبت التباع ساروا إلى الكوثا لا أحد عميه أبو حنش قاتل
شرحبيل بن الحرث بن عمرو والآخر ذو كلس بن الفدوكس
والسفاح هو سلمة بن خالد بن كعب بن زهير سمي به لأنه لما دنا
من الكلاب عمد إلى مزادهم فشقها فسقع ماؤها وقال
لا ما لكم إلا ما القوم فقاتلوا أو دعوا والنهال العطاش وجبى
الكلاب فاؤه من جبيته إذا جمعته والوشل الماء في الجبل
يتحدر انحدارا ضعيفا والناحي يعرف في شرح ديوان الأخطل
وغيره **قوله** فإن ذكره أن تلبس الذكور من الصبيان
الذهب والحديد أي قال القدوري في مختصره وكذلك الصبي يجب

ان يعود

بادية
وبلا نوك

٤١٠
يري

ان يعوّد ما يجوز في الشريعة وإن ما لا يجوز لما آلف ذلك الا
أنا منعهم من شرب الخمر وأخذهم بالصوم والصلاة لما بالغوا
ذلك لو أكثر تجنبهم لبس الحرير والذهب لما بالغوا ذلك كذا
في شرح الأقطع **قوله** قال ويكره الخرقة التي يحمل فيمسح
بها العرق أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة أنه يكره هذه الخرقة التي يمسح بها العرق
ونحوه من المخاط قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وكذلك الخرقة التي يتمخط بها يكره أيضا وكذلك الخرقة التي يمسح بها الوضوء
مكروه وبدعة أيضا وحران يكره قال وإنما يكره ذلك لأنه بدعة
محدثة لم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولا لأحد من الصحابة والتابعين
يفعل ذلك وإنما كانوا يمسحون بأطراف أرديتهم وقد قال محمد في كتاب
الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم في الرجل يتوضأ فيمسح
وجهه بالثوب قال لا بأس ثم قال أرأيتم لو اغتسل في ليلة باردة
أيقوم حتى يجف قال محمد وبه نأخذ لا نرى بذلك بأسا وقوله
أي حسبه إلى هنا لفظ كتاب الآثار ولأنه نوع تكبر وتجبر وتشبه
بزي العجم فيكره لما روي عن عمر أنه قال إياكم وزي العجم وقال
الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وكان الفقيه أبو جعفر
يقول إنما يكره ذلك إذا كان شيئا نفيسا لأن في ذلك فخرا وكبرا و
تشبه ذلك بزي العجم وأما إذا لم يكن الخرقة نفيسة فلا بأس لأنه
لا يكون فيه كبر وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وذكر بعض مشايخنا المتأخرين أن المسلمين قد استعملوا في عامة البلاد
مناديل الوضوء والخرق لدفع الأذى عند لبس اللباس والثياب
وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ويجوز أن يصير ذلك منسوخا
بإجماع المسلمين قال فخر الإسلام وحاصله أن من فعل شيئا من ذلك
تكبرا فهو مكروه وبدعة ومن فعل الحاجة وضرورة لم يكره
ونظيره التربع في الجلوس والاتكاء قد يفعله الرجل نخوة
وتكبرا فيكره وقد يفعله الرجل للضرورة والحاجة فلا يكره
قال في أواخر كتاب السنن مسندا إلى جابر بن سمرة قال كان النبي
صلى الله عليه وسلم إذا صلى الفجر تربع في مجلسه حتى تطلع الشمس حسناء
وقال أبو عيسى الترمذي في جامعه حدثنا سفيان بن وكيع قال حدثنا
عبد الله بن وهب عن زيد بن حباب عن أبي حماد عن الجوهري عن عروة

عن عائشة قالت كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خرقة ينشف بها بعد الوضوء
وقال حدثنا قتيبة قال حدثنا رشدين بن سعد عن عبد الرحمن بن زياد بن
أنعم عن عتبة بن حميد عن عبادة بن نسي عن عبد الرحمن بن غنم عن
معاذ بن جبل قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا توضأ مسح وجهه بطرف
ثوبه قال أبو عيسى هذا حديث غريب وإسناده ضعيف ورشدين بن سعد
وعبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقي يضعفان في الحديث وقال
أبو عيسى حديث عائشة ليس بالقائم ولا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم
في هذا الباب شيء وأبو معاذ يقولون هو سليمان بن أرقم وهو ضعيف
عند أهل الحديث ثم قال أبو عيسى وقد رخص قوم من أهل العلم من أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم في التمندل بعد الوضوء ومن كرهه
إنما كرهه من قبل أنه قيل إن الوضوء يوزن وروي ذلك عن سعيد بن
المسيب والزهري قال الزهري إنما أكره المنديل بعد الوضوء لأن الوضوء
يوزن **قوله** ولا بأس أن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه للحاجة الخيط
وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة أنه كان لا يرى بأسا أن يربط الرجل في أصبعه الخيط
وفي خاتمه للحاجة إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر لا يكره
إنما يكره لكونه عبثا وهو ليس بعبث لأنه يتعلق به ضرب فائدة
وهو أن يشد في رعاية حق لمن يلتمس ذلك أورث إلى الوكي والعدي
النسيان والتقصير فلما كان كذلك لم يكن به بأس بل كان رجحانا
وفيه ضرب من التواضع أيضا لما فيه من ترك الاعتماد على حفظه
قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير إنه صلى الله عليه وسلم
كان يفعل ذلك ويسمى ذلك الخيط رتيمة بالفتح والثلاث جمعها
رتم بالفتحات أيضا ويسمى رتيمة أيضا وجمعها رتائم يقال
أرتمت الرجل إرتاما إذا عقدت في أصبعه خيطا يستذكر به
حاجته كذا قال أبو عبيد في غريب المصنف ويدل على ذلك ما أنشده
أبو زيد هل ينفعنك اليوم إن همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم الرتم
وقال ابن دريد في الجمهرة والرتيمة شيء كان يفعله أهل الجاهلية
كان الرجل إذا أراد سفرا عمد إلى شجر يسمى الرتم فيعقد
غصنين منها فإذا رجع من سفره فإن كان الغصنان على حالهما علم
أنه لم يخن في أهله وإن كانا منحلين ظن بأهله ظن سوء
يقال أرتمت وترتمت إذا فعلت ذلك كذا قال صاحب الجمهرة

لعل

لعلي ما ذكر يكون الرتم بمعنى الخيط وقال ابن السكيت في كتاب الإصلاح
والرتم شجر قال الراجز نظرت والعين مبينة التهم
إلى سنا نار وقودها الرتم شبت بأعلى عاندين من إضم
وهما واديان وقال اللخمي هل ينفعنك اليوم إن همت بهم
كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقوله وتعقاد الرتم كان
الرجل إذا أراد سفرا عمد إلى هذا الشجر فعقد بعض
أغصانه ببعض فإذا رجع من سفره وأصابه على تلك الحالة
قال لم تخني امرأتي وإن أصابه وقد تحلل قال قد خانتني أهلي
إلى هنا لفظ كتاب الإصلاح شبت النار إذا أشعلت اشتعالا
وشبها موقدها تشبيها وإضم موضع معروف وسنا النار
ضوءها مقصور والوقود بالفتح ما تشعل به النار وقوله والعين
مبينة التهم أي يكشف التهمة لأن المشاهدة تكشف وترفع
بها التهم ومعنى البيت الثاني هل ينفعنك إن همت امرأتك
أن تخونك وصيتك لها وائتمانك من حفظها وتعقادك الشجر
وقوله همت بهم أي بشيء تريده يعني أنها إذا كانت عفيفة حفظت
نفسها وإن لم يكن كذلك فلا حيلة فيها كما قال أبو محمد يوسف بن الحسن بن
عبد الله السيرافي في كتابه شرح الإصلاح والتعقاد
مصدر بمعنى العقد على وزن التفعال كالتلعاب والتهذار
والبيت برواية الثقات هل ينفعنك بالكاف وهو الفاشي من أهل اللغة
في كلام العرب بعد الاستفهام ورووه في كتبهم هل ينفعنك كرواية النفي
وليس ذلك بضعيف لأن نون التأكيد لا تدخل النفي إلا نادرا
إلا في الشعر وقوله همت بنا التأنيث وهي رواية الثقات وفي
بعضهم همت بنا الحي بالتذكير على حذف أحد الحجب
وذلك ضعيف وجعله من قبيل قوله أحسن به فهو البلتونس

فصل في الوطء والنظر واللمس والقبلة قوله قال
ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها أي قال العورة
في نظره وهو مذهب مالك والشافعي أيضا والأصل فيه قوله تعالى
قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم
إن الله خبير بما يصنعون وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن
ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ومواضع
الزينة الظاهرة لأنه موضع الكحل والخاتم لأنه موضع الخضاب

والذوايب والاذن لانها موضع القرط والعنق لانه موضع القلادة
والصدر لانه موضع الوشاح والعضد لانها موضع الدملوج و
الذراع لانها موضع السوار والساق لانها موضع الخلخال وذكر
الزينة واراد مواضعها للمبالغة في الستر ولا يحل النظر الا
الى مواضع الزينة الظاهرة وهي التي استثناها الله تعالى بقوله الا
ما ظهر منها يعنيه اختلاف كافة العلما في المراد منه الوجه والكف
لان الوجه موضع الكحل والكف موضع الخاتم والخضاب وبعد ذلك
الكحل ذكر في شرح الاثار باسناده الى سعيد بن جبير عن ابن عباس ولا يبدين
زينتهن الا ما ظهر منها قال الكحل والخاتم ويؤيده ما ذكر في كتاب السنن
في كتاب اللباس باسناده الى عائشة ان اسما بنت ابي بكر رضي الله عنهم دخلت على
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال يا اسما ان المراة اذا بلغت المحيض لم تصلح ان يرى منها الا هذا
وهذا واشار الى وجهه وكفيه وقال بعضهم المراد منه الثياب و
البرقع والخفاف ولا يحل النظر للاجانب الا الى ثيابها دون
وجهها الظاهرة وهو قول ابن مسعود فقد روى الطحاوي باسناده
الى ابي الاحوص عن عبد الله بن مسعود قال وما ظهر منها الثياب الجلباب
وروى الطحاوي ايضا باسناده الى منصور عن ابراهيم ما ظهر منها قال
الدرع وقال في المغرب الفتخ لبعض الناس الحلق للفرض
والخاتم للاصبع خاصة والاباح عشرتها لعادته هي
مضطرة الى كشف عن ناحيته للمشي ولا ضرورة في غيرها
لها الابدا ولا لغيرها النظر الا في وعلمنا انها تضطر
الى الخروج للبيع والشرا وتحتاج الى الاخذ والاعطا وتحتاج الى كشف
العقب للمشي في نعلها كشف بعض الوجه وفي المنا ولان كشف
الكفين وعن اصحابنا روايتان في القدم ففي ظاهر الرواية لا يحل
النظر اليها ولا يباح النظر الى غير الوجه والكف وقال الكرخي في مختصره
قال ابن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة انه ينظر الى وجهها وكفيها
وقدميها الى هنا لفظ الكرخي وذكر لان القدم موضع الزينة
الظاهرة وهي الخضاب لاننا بعد جعلها صاحب الكافي من
مواضع الزينة الظاهرة وهذا اذا لم يكن النظر لشهوة فاذا لم يامن
الشهوة فلا ينظر الى الوجه والكف الا لحاجة وسيتصل
بيانه بعد هذا ان شا الله تعالى وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ساعدها

ومرفقها

ومرفقها للحاجة لاجل الحاجة الى ابدائها اذا اجرت نفسها للخبز والطبخ
ذكره شمس الائمة البيهقي في كفايته **قوله** قال الا ان كان لا يامن
الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة اي قال القدوري في مختصره بعد هذا
الذي قلنا من جواز النظر الى وجه الاجنبية وكفيها انما ذا امن الشهوة
لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها فاذا لم يامن من الشهوة
لم يحل له النظر الى وجهها الا لحاجة لانها زنا وحكم الحاكم والتزوج
احترازا عن الوقوع في الحرام الذي لما روى صاحب السنن باسناده الى
طاوس عن ابن عباس قال ما رايت شيئا اشبه باللمم مما قال ابو هريرة عن النبي
صلى الله عليه وسلم ان الله كتب على ابن ادم حظه من الزنا ادرك ذلك لا محالة
فزنا العينين النظر وزنا اللسان المنطق والنفس تمنى وتشتهي
والفرج يصدق ذلك ويكذبه وروى ايضا مسندا الى ابي هريرة ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال لكل ابن ادم حظه من الزنا بهذه القصة
واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي
والفم يزني وزناه القبل والاذن تزني وزناها الاستماع ذكره في كتاب
النكاح من السنن وتمام الكلام تتمة ما قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي
ولا ينظر الى الوجه والكف منها الا من الشهوة فاذا اشتهى لم ينظر الا
اذا دعي الى الشهادة عليها او اراد تزوجها او كان حاكما فنظر ليجيز
اقرارها وليشهد الشهود على معرفتها فلا باس بالنظر اليها في هذه
المواضع وان كان فيه شهوة ولا ينبغي ان يمس وجهها ولا يدها
وان كانت شابة تخشى الشهوة فاما اذا كانت عجوزا ممن لا يشتهى
فلا باس بمصافحتها ومس يدها وان كان عليها ثياب فلا باس
بان يتامل جسدها ما لم يكن ثياب تلزق بجسدها وتصفها حتى يستبين
حجمها فاذا كان كذلك فينبغي له ان يغض بصره عنها الى هنا
لفظ الكافي وقال الولوالجي في فتاواه وينظر الى الوجه والكف
منها اذا امن الشهوة واذا اشتهى لا ينظر وكذا اذا كان اكبر رايه
ذلك وشك الا ان يكون دعي الى شهادة عليها او اراد تزوجها او كانت
امته اراد شراها او كان حاكما ينظر ليجيز اقرارها وليشهد
الشهود على معرفتها فلا باس بالنظر اليها في هذه المواضع وان
كان يشتهي شهوة فاما الاشهاد والقضا فلان الشهادة لا تصح
مع جهالة الوجه والقضا كذلك فكان فيها الضرورة والضرورة
اما استثنى في اباحة المحرم كالضرورة المخمصة تباح بها تناول الميتة

لا المعاملة

بخلاف صورة المعاملة لان المعاملة مع مجهولة الوجه جائزة ولكن
كل احد يعلم بل كل غيبه ضرورة ما ستة وفيه حرج فاتحنا النظر من
غير شهوة للمعاملة ولم نبح حالة الشهوة واما حالة ارادة النكاح والشراء
فلان النظر بشهوة ما حرم بعينه وانما حرم لانه يصير سببا للوقوع
في الزنا والنظر عند ارادة النكاح والشراء بشهوة يصير سببا للوطء
الحلال لا للزنا ولا ينبغي له ان يمس وجه الاجنبية ولا يدها ان كانت
شابة ممن تشتهي لان القياس ان لا يباح النظر الى وجهها وكفها
وان كان بغير شهوة لانه في الغالب يصير سببا للشهوة لكثرة الرغبة اليها
الا انا ابحنا النظر لدفع الحرج ولا حرج في ترك المس فيبقى على اصله من
التحريم وهذا اذا كانت المرأة شابة ممن تشتهي فاما اذا كانت عجوزا
ممن لا تشتهي فلا باس بمصافحتها ومس يدها لما روي عن الحسن البصري
انه رأيته امرأة من العابدات ... شابة لنضال فتكبر ... يا
لكبير ولا يجامع مثله ولا مثلها فلا باس بالمصافحة ويكره عند ذكرنا
في الصغيرة وان كان يحلها الشاب فلا باس بمسها قبل خدرها ما لم
يكن بها ويلتزم بعدها حتى يلبس جسدها لانه بعلم لم تصف
ما تحتها من جسدها يكون ناظرا الى الثياب فاما اذا كانت الثياب
ملتزقة بها كقباء التركية اذا كان رقيقا يصف ما تحته ينبغي
ان يغض بصره عنها لانه حينئذ يكون ناظرا الى اعضائها من ورا بقدر
ما تصف الثياب قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من نظر الى محاسن امرأة اجنبية
عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة هكذا ذكر بعض اهل الحديث صح
في شرح الكافي ولكن في صحته نظر والمحاسن جمع الحسن ضد القبح
على خلاف القياس وكانه جمع محسن كذا قال الجوهري والآنك
الاسرب وافعل من ابنية الجمع ولم يجيء عليه الواحد الا الآنك كذا
في الصحاح قوله لتحرزه تعالى مرضه اي ما لم تكن مرضية قوله
كما قلنا اشارة الى قوله لانه من اسباب الفتنة قوله للقاضي
اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها ويجوز
النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان الحاجة تدعو الى النظر في هذا الموضع بغير الشهوة
في زمع حرمة الشهوة كما يجوز للشهود النظر الى العورة عند
الزنا لتقيم الشهادة وعلى هذا اذا اراد ان يتزوجها لما روى
الترمذي في جامعه باسناده الى المغيرة بن شعبة انه خطب امرأة

فقال

فقال النبي صلى الله عليه وسلم انظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما
ولا ينبغي ان يمس شيئا من يدها اذا كانت تشتهي لان المس اغلظ من
النظر لان الشهوة فيه اكثر فيمنع منه من غير حاجة كذا
في شرح الاقطع قال في الفائق الادم والايدام الاصلاح والتوفيق
من ادم الطعام وهو اصلاحه بالادام وجعله موافقا للطاعم
وقوله ان يؤدم اصله بان يؤدم فحذف الباء وحذفها مع ان
كثير والمعنى فان النظر اولى بالاصلاح في ايقاع الالفة والوفاق
بينكما ويجوز ان يكون الضمير فاه واحرى ان يؤدم محله في موضع
خبر ان قوله ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها
هذا لفظ القدوري في مختصره وانما حل للطبيب النظر الى ما لا يحل النظر اليه
للضرورة لان للضرورة تاثيرا في اباحة المحرمات بدليل اباحة الميتة
والخمر عند الضرورة وخشية التلف فاذكر الولوالجي في
فتاواه لا يحل النظر الى ما تحت السرة الى الركبة من الرجل والمرأة لاحد
من غير عذر فاذا جاء العذر جاز النظر والاعذار منها حالة الولادة
ولا باس للقابلة ان تنظر الى فرجها ومنها حالة الاختتان للرجل
ان ينظر من الرجل الى موضع الاختتان ونحنه عند الحاجة لان الاختتان
من سنن الاسلام فلا ينبغي تركه ولا يمكن الاختتان الا بعد النظر
ومنها اذا اصابه قولنج فاحتيج الى الحقنة ومنها اذا اصابت امرأة
قرحة في موضع لا يحل النظر اليه علمت المرأة دواها لتداويها
وان لم تتعلم ولم يجدوا امرأة تداويها وخافوا على المرأة ان تهلك
او يصيبها بلاء او دخلها من ذلك وجع لا تحتمله ولم يكن للعلاج
بد من الرجل يباح للرجل ان ينظر لكن يستر منها كل شيء الا موضع
القرحة لان الضرورة تندفع بها وسواء فيها ذوات المحرم وغيرها
لانهما سواء في حرمة النظر الى هذه المواضع ومنها امرأة العنين
اذا قالت بعد سنة لم يصل الي وانا بكر فالقاضي يريها النساء ومنها
رجل اشترى جارية على انها بكر فقبضها فقال وجدتها ثيبا فاراد
ردها على البايع او يمينه على انه باعها وسلمها وهي بكر تنظر اليها
النساء فان قلن هي بكر فلا يمين على البايع وان قلن هي ثيب استحلف
البايع على انه باع وسلم وهي بكر فان حلف لم ترد عليه هكذا ذكر
في مختصر الكافي قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال
بعض مشايخنا هذا الجواب مستقيم فيما اذا اختلفا قبل القبض

اما بعده فلا لانه يحصل زوال البكارة عند المشي ثلاثا فكذلك ان يرى
النساء والصحيح لا بأس لو كان النساء ان يرفع الاصلاح بعد الفض لانه
يحتاج الى توجيه الخصومة ولا يمكن من ذلك الا بعد ظهور الحال
فكان في الاراءة فائدة **قوله** لقوله صلى الله عليه وسلم فانه احرى ان يؤدم
بينكما ولفظ الحديث في جامع الترمذي انظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما
قوله وصار كنظر الخافضة والختان الخفض للجارية كالختن للغلام
يقال جارية مخفوضة اي مختونة يعني جاز نظر الطبيب الى موضع لا يحل
النظر اليه كنظر الخافضة والختان اليه يعني ان النظر الى العورة
الغليظة لا يكون الا في حالة العذر والختان عذر لانه سنة مؤكدة
من شعائر الاسلام فلا يكون تركها في حق الرجل والمرأة جميعا فلا جرم
حل النظر للرجل الى عورة الرجل والمرأة الى عورة المرأة لا انها فيها كما
نظر الطبيب الى موضع القرحة اذا لم يكن بد من علاج الرجل
فيباح للعذر وهو الحاجة الماسة الى ذكر **قوله** لانه مداواة ولان
الاحتقان مداواة يحصل به اسهال الفضلات والاخلاط الردية
للمرض ونفعه في موضعه **قوله** ويكون للمرض وكذا للهزال الفاحش
اي يكون الاحتقان للمرض وللهزال الفاحش لانه اثر الدق فيحل
نظر المحتقن الى الموضع الاحتقان لانه احتقان لا تأتي بدونه وكذا يحل
لانه الحلو الى الحقنة انما يكون عند الضرورة واذا لم يكن به ضرورة
ولكن فيه منفعة ظاهرة بان كان يتقوى على الجماع لا يحل عندنا واذا كان
به هزال كان وهو الاشتى من السلكين اولا **قوله** قال
وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته الا
العورة في محصه لا الكل حتى محصره وكلا شيء ان ينظر الرجل من
الرجل الى ما تحت سرته الى ركبته ولا بأس بالنظر الى سرته ويكره النظر
منه الى الركبته وكذلك المرأة من المرأة وبلغنا عن ابن عمر انه كان
اذا اتزر ابدى عن سرته الى هنا لفظ الكرخي وقال ابو الفضل
الجلابي الاكتمي في كتاب التفريع وعورة الرجل فرجاه وفخذاه وركبته
له ان ينظر من سرته وركبته الى هنا لفظ التفريع وقال الشيخ
ولنا قوله وعورة الرجل ما بين السرة والركبة الى هنا لفظ الوجيز
وهذا اصح الوجهين وروي عن الاصطخري انها عورة وقال اصحاب
الظواهر الفخذ ليس بعورة وقال ابو عصمة سعد بن معاذ المروزي
من كبار اصحابنا السرة عورة وقال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل البخاري
الكماري

ما كشف

ما تحت السرة الى منبت الشعر من العانة ليس بعورة وهو ليس بعورة عند مالك
الشافعي لانه لا يجعل غير الفرجين والفخذين عورة لان الا اذا
في الحمام ذكر الموضع فكان فيه ضرورة فابيح النظر الى
ملحقه قولا بعضه ان السرة احد حدي العورة فيعتبر
بالاخر وهو الركبة فلما حل النظر الى الركبة فكذا الى السرة وقال اصحاب
الظواهر قوله تعالى فلما ذاقا الشجرة بدت لهما سوآتهما والمراد بهما
العورة الغليظة وروى الطحاوي باسناده الى حفصة بنت عمر قالت
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم قد وضع ثوبه بين فخذيه فجاء
ابو بكر فاستأذن فاذن له النبي صلى الله عليه وسلم على هيئته ثم جاء عمر
بمثل هذه الصفة ثم اناس من اصحابه والنبي صلى الله عليه وسلم على هيئته
ثم جاء علي فاستأذن عليه فاذن له ثم اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثوبه فتجلله فتحدثوا ثم خرجوا فقلت يا رسول الله جاء ابو بكر وعمر وعلي
وناس من اصحابك وانت على هيئتك فلما جاء علي تجللت بثوبك فقال الا
استحيي ممن تستحيي الملائكة منه ولنا في السرة ما روينا عن ابن عمر
انه كان اذا اتزر ابدى عن سرته ونقول ان الركبة هي ملتقى عظم
الفخذ وعظم الساق فتصير الفخذ فيها تبعا لكونها نصابا وحكما
فتعذر الفصل فغلبنا المحرم على المبيح ولنا في الفخذ ما روى صاحب
السنن مسندا الى زرعة بن عبد الرحمن بن جرهد قال كان جرهد
من اصحاب الصفة انه قال جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم عندنا وفخذي
منكشفة فقال اما علمت ان الفخذ عورة وروى صاحب السنن باسناده
الى عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تكشف فخذك ولا تنظر الى فخذ حي ولا ميت ذكره في السنن في كتاب الحمام
وروى الطحاوي في اواخر كتاب الصلوة باسناده الى علي قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الفخذ عورة وروى الطحاوي في الناسخ والمنسوخ للآثار باسناده
الى مجاهد عن ابن عباس قال خرج النبي صلى الله عليه وسلم فمر على رجل فخذه
خارجة فقال غط فخذك فان فخذ الرجل من عورته والجواب عن حديث حفصة ما روى
الطحاوي باسناده الى عائشة ان ابا بكر استأذن على النبي صلى الله عليه وسلم
ورسول الله لابس مرط ام المؤمنين فاذن له فقضى له حاجته ثم خرج
ثم استأذن عليه عمر وهو على تلك الحالة فقضى اليه حاجته ثم خرج
ثم استأذن عليه عثمان فاستوى جالسا وقال لعائشة اجمعي عليك ثيابك
فلما خرج قالت له عائشة فمالك لم تفزع لابي بكر وعمر كما فزعت لعثمان

مثل ان يمس رجل كبير الجبا ولو اذن له على هكذا الحار حتى ان لا اهله
قال الطحاوي وهذا هو اصل الحديث ليس فيه ذكر العورتين والجواب عن
مسلكهم بانه معلول بخصوص السبب والحكم لا يدل على نفي ما عداه
الجواز عن قول محمد بن الفضل ان التفاصيل انما تصح المطابقة اذا لم يكن
ثمة تفرع على الثانية ومداره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته قوله كما ذكره ويقصد بضم الكاف
وكسر الميم بعدها الالف بعدها الراء المكسورة وفي آخرها باء
ساكنة اسم قرية ببخارا ينسب اليها الشيخ محمد بن الفضل الكماري
قوله في السوأة قال في ديوان الادب السوأة العورة واراد بها
هنا العورة الغليظة وهي الفرجان والدبر المجمع عليها وفيما ذكره
اختلاف كما ذكرنا قال شمس الائمة في شرح الكافي ذكر في الكتاب ان حكم
العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وهذا اصلنا موجود حتى ان
المكشوف الركبة ينكر عليه برفق ولا ينازع ان لج وان رآه مكشوف
الفخذ انكر عليه بعنف ولا يضربه ان لج وان رآه مكشوف السوأة
امره بستر العورة وادبه على ذلك ان لج **قوله** ومما يباح النظر
للرجل من الرجل يباح المس يعني اذا كان المس بغير شهوة ولهذا صرح
في التحفة **قوله** لانهما فيما ليس بعورة سواء اي لان النظر والمس سواء لكنها
كون النظر اليه يجوز مسه بغير شهوة **قوله** ويجوز للمراة ان تنظر
من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اي من الرجل اي قال القدوري
في مختصره يعني ينظر المراة الحرة الاجنبية من الرجل الى جميع
ما خلا ما بين السرة والركبة الى ان يجاوز الركبة لان ذلك عورة وما سواه
ليس بعورة فحل لها النظر اليه قال في شرح الكافي وهذا اذا كانت
المراة بحيث لو نظرت اليه لا تشتهيه واما اذا كانت تشتهيه او اكبر
الراي انها ذلك لم يجز لها النظر اليه لما فيه من خوف الفساد
لان الرجل قد يعمل متجردا عند الحاجة ويغلب ذلك فلو لم يجز لها
النظر اليه لضاق الامر على الناس وقال الولوالجي في فتاواه
فاما اذا نظرت الى الرجل لو يقع في قلبها شهوة او كان اكبر رايها
او شكت في ذلك فالمستحب ان تغض بصرها عنه وفي الرجل اذا
نظر الى المراة لو يقع في قلبه شهوة او كان ذلك اكبر رايه او شك
يحرم عليه النظر واذا كان انما طرد شهوة من الرجل على النساء
اكثر شهوة من الرجال لكثرة الشهوة من جانبها تشتد اشتهاؤها من حيث
الاعتبار
وقد

وقد وجد من جانب الرجل حقيقة الاشتهاء والاشتهاء من الجانبين اكثر
افضاء في الوقوع الى الحرام من الاشتهاء من جانب واحد فاذا كان النظر
بشهوة من المراة فالاشتهاء ان يكون من جانبها من حيث الحقيقة لم
يعتبر ثابتا من جانب الرجل ويوجد الشهوة من احد الجانبين في
سببيته ما هو حرام دون الشهوة من الجانبين فلهذا قلنا
لا يستحب في جانب المراة والحرمة في جانب الرجل **قوله** وفي كتاب
الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل
الى محارمه يعني على تلك الرواية لا تنظر المراة من الرجل الى ظهره
وبطنه **قوله** وهو يعني الصحيح اي كان في غلبة شهوة اي كان
في اكبر رايه انه يشتهي او شك في الاشتهاء **قوله** وهو اشارة الى العزم
اي قوله لم ينظر **قوله** ويكره العزق اي من الرجل والمراة حيث
كان ينظر الرجل حراما وغض بصرها مستحبا ويتعلق العزم انفا
قوله حقيقة واعتبارا اي لم يوجد الشهوة في جانب الرجل اعتبارا ايضا
لعدم غلبة الشهوة **قوله** وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل
ان ينظر اليه من الرجل اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وكرهه بعض الناس قال لانه
لا ضرورة اليه الا انا نقول المراة تحتاج الى دخول الحمام والى ان تغتسل
في بيتها متجردة والنساء يدخلن عليها فلو لم يجز النظر لادى ذلك الى
تضييق الامر على الناس فعلمنا بالجواز ولان المراة لا تشتهي المراة غالبا
كما لا يشتهي الرجل الرجل فاذا جاز للرجل النظر الى الرجل كذلك يجوز
للمراة النظر الى المراة لانعدام الشهوة غالبا ووجود الحاجة
كما في نظر الرجل الى الرجل وما روي فيه عن
عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انها ستفتح لكم ارض العجم وتجدون
فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازار وامنعوها
النساء الا مريضة او نفساء قلنا المراد منه الحث على منعهن
من الخروج وفعل ما هو اقرب الى سترهن كما في قوله تعالى وقرن في
بيوتكن الآية او ان ينظر بعضهن الى بعض لم يجوز الا فيما جعل عورة من
الرجال وهو ما بين السرة الى الركبة والركبة عورة ايضا يدل على هذا
بناء الحمامات للنساء خاصة في سائر امصار المسلمين من غير نكير
وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن قال صاحب الهداية يعني
ابو حنيفة ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بمعنى

لا ينظر المرأة من المرأة إلى ظهرها وبطنها أيضا بخلاف نظر المرأة إلى الرجل
حيث جاز نظرها إلى ظهر الرجل وبطنه لاحتياج الرجل إلى زيادة
الانكشاف في العمل والأول أصح وهو جواز نظر المرأة إلى ظهر المرأة و
بطنها أيضا لتطبيق الأمر على الناس قوله وينظر الرجل من أمته
التي تحل له وزوجته إلى فرجها أي قال القدوري في مختصره
وذلك لما روى البخاري في الصحيح بإسناده إلى عروة عن عائشة قالت كنت
أغتسل أنا والنبي صلى الله عليه وسلم من إناء واحد من قدح يقال له الفرق
والفرق مكيال يسع ستة عشر رطلا كذا في ديوان الأدب فلو كره
النظر لم يجز ذلك فكان مباحا ولأنه يحل له الوطء فيحل ما دونه وهو
النظر والمس بطريق الأولى ولأن قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون
إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين يدل على أنهم لم يحفظوا
فروجهم على نسائهم وما ملكت أيمانهم فلا لوم عليهم لأنه حلال إلا أن الأدب
أن لا ينظر إلى الفرج لما روي عن عائشة قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولم ير مني ولم أر منه وهذا من مكارم الأخلاق فلا يدل على كراهة
النظر لنا علينا وكان ابن عمر يقول الأولى أن ينظر الرجل إلى فرج امرأته
عند الوقاع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة وروي عن أبي يوسف
في الأمالي قال سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس
هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا وأرجو أن يعظم الأجر
هذا إذا كانت المرأة طاهرة أما إذا كانت حائضا اجتمعوا أنه لا يحل
له الجماع في الفرج فلو جامع مع ذلك لا يلزمه شيء سوى الاستغفار
والتوبة والذي روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا سأله عن ذلك
فأمره أن يتصدق بدينار أو بنصف دينار محمول على الاستحباب لا الوجوب
وروي عن أبي يوسف ومحمد قالا يلزمه دينار إن أتى في إقبال الدم
ونصف دينار في إدباره كذا في شرح الطحاوي وأما الجماع فيما دون
الفرج قال أبو حنيفة وأبو يوسف له ذلك فيما فوق الإزار ولا يحل له فيما تحت
الإزار وقال محمد يجتنب شعار الدم وهو موضع الفرج ولهما ما روي
ذلك لما روي عن عائشة أنها سئلت عما يحل للرجل من امرأته الحائض
قالت يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك هما يقولان إن الجماع
فيما دون الإزار سبب يؤدي إلى الجماع في الفرج والجماع في الفرج حرام
فما يكون سببه أيضا يكون حراما وبعض الإزار على قوله قال
بعضهم الإزار المعروف فيستمتع بما فوق السرة ولا يستمتع بما تحت السرة

وقال

وقال بعضهم المراد هو الاستتار أي إذا استتر حل له الاستمتاع
بما فوقه ولا ينبغي أن يعتزل عن فراشها فإن ذلك تشبه بفعل
اليهود وقد نهينا عن التشبه بهم كذا ذكره الولوالجي في فتاواه
قوله قال وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه و
الرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر إلى ظهرها
وبطنها وفخذها أي قال القدوري في مختصره قال الشيخ أبو الحسن
الكرخي في مختصره قال محمد بن الحسن لا بأس بأن ينظر الرجل من أمه
وابنته البالغة وأخته ومن كل ذات رحم محرم منه ومن كل
ذات محرم من الرضاع أو نكاح أو وطء وكذلك ما حرم بوطء أبيه
أو ابنه أو نكاح ابنه وإن لم يكن بينهما رحم إلى شعرها وإلى صدرها وإلى
ثديها وعضدها وساقها وقدمها ولا ينبغي أن ينظر إلى بطنها
ولا إلى ظهرها ولا إلى ما بين سرتها حتى يجاوز الركبة ولا أن ينظر إلى
شيء من ذلك لشهوة فليس له أن ينظر إلى ذلك إذا كان أكبر ظنه أنه إن نظر وكذلك
اشتهى فينبغي له أن يغض بصره وإن أمن على نفسه فلا بأس بأن يمس
إن أراد ركوبها ويكون محرما لها أو يسافر معها لا محرم لها غيره فإن خاف
على نفسه فلا يسافر بها ولا يخلو بها ولا ينبغي لها إن خافت ذلك منه
أن تخلو معه في بيت ولا أن تخرج معه فأما إذا أمنا ذلك أو كان
عليه أكبر رأيهما فلا بأس بالخلوة معها والسفر بها وكل شيء من هذا
الذي وصفت لك فلا بأس بالنظر إليه من أمته [illegible] يحرم
فلا بأس بأن يمسه منها ولا بأس بأن يمس شعر أمته ويقبله
ويدهنه ويغسل ساقها ورجلها ويغمز ذلك منها ويمس صدرها
وثديها وعضدها ونحرها وذراعها وكفها ويكره له أن يمس
ما يكره هنا النظر إليه إذا كان محرما وإذا كان يكره تجرده واحتاج
إلى حملها والنزول بها فلا بأس أن يحملها وينزلها ويأخذ بطنها
وظهرها وإن كان يخاف أن يشتهي إن مس شيئا من ذلك وكان عليها الثياب
فليتنكب ذلك جهده إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره والأصل فيها
قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن
أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بني إخوانهن أو بني أخواتهن
أو نسائهن أو ما ملكت أيمانهن أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال
أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء والمراد من الزينة
مواضع الزينة مبالغة في الستر وموضع الزينة الظاهرة الوجه

الوجه والكف والقدم ومواضع الزينة الباطنة الرأس لأنه موضع
التاج والشعر لأنه موضع العقاص والأذن لأنه موضع القرط والصدر
والثدي وهما موضعا القلادة والعضد موضع الدملج والساعد
موضع السوار والساق موضع الخلخال ومعنى الآية والله أعلم
أنهن لا يبدين مواضع زينتهن إلا لبعولتهن لأزواجهن أو آبائهن
ويدخل فيهم الأجداد أو آباء بعولتهن فيصيرن محارم أو أبنائهن
ويدخل فيهم النوافل أو أبناء بعولتهن فيصرن محارم أيضا
أو إخوانهن أو بني إخوانهن ويدخل فيهم بنو الإخوة والأخوات
أيضا وما دامت هؤلاء المحارم نسبا سائر المحارم من الأعمام
والأخوال وذوي المحارم بالرضاع لأن ذكر بعضهم ينبئ على سائرهم كذا
في التيسير وقوله تعالى أو نسائهن أي الحرائر المسلمات لأنه ليس للمؤمنة
أن تتجرد بين يدي مشركة أو كتابية قال صاحب الكشاف والظاهر
أنه عنى بنسائهن وما ملكت أيمانهن من في صحبتهن وخدمتهن من الحرائر
والإماء والنساء كلهن سواء في حل نظر بعضهن إلى بعض وقيل ما ملكت
أيمانهن هم الذكور والإناث جميعا وعن عائشة أنها أباحت النظر لها
لعبدها وقالت لذكوان إنك إذا وضعتني في القبر وخرجت
فأنت حر وعن سعيد بن المسيب مثله ثم رجع وقال لا تغرنكم
آية النور فإن المراد بها الإماء وهذا هو الصحيح كذا في الكشاف
وقرأ ابن عامر وعاصم في رواية أبي بكر غير بالنصب على الاستثناء
والباقون بالخفض على النعت والإربة الحاجة وهم أتباع
الذين يتبعون الناس لينالوا والشيوخ الصلحاء ومن بهم عنانة
وليس ذلك بواقع على الخصي والمجبوب لأنهم يشتهون ويشتهون
والمراد بالطفل الجمع لأنه يفيد الجنس كقوله تعالى ثم يخرجكم
طفلا أي لا يعرفون ما العورة أو لم يبلغوا أوان القدرة ولأن
المحرمية مقللة للشهوة فلم يكن النظر إلى هذه المواضع داعيا
إلى الفساد ولا حاجة فيه فجاز ولأن المحرم يحتاج إلى الدخول
عليها في كل وقت والمرأة تخلع الكساء تبتذل لهذه الأعضاء
بحكم العادة فلو وجب عليها التستر في كل حالة أدى إلى الحرج
فسقط اعتباره بخلاف النظر إلى البطن والظهر والفخذ حيث
لا يجوز ذلك لأنها ليست لمواضع الزينة الظاهرة والباطنة
جميعا ولأنه لا ضرورة في النظر إلى ذلك قوله مهنتها
قال

قال في الفائق قال الأصمعي المهنة بفتح الميم هي الخدمة
ولا يقال مهنة بكسر الميم قوله فلا تعدوا ها أي لا تعدوا
مواضع الزينة قوله لوجود المعنيين فيه والمعنيان الحرج
وقلة الرغبة في المحرم قوله في الأصح يتعلق بقوله بسفاح
لأن اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا في المصاهرة بالنكاح
لأنهم قالوا جميعا إذا كان محرما بسبب مباح أي بسبب النكاح جاز الخلوة بها و
المسافرة معها وإذا كان محرما بالزنا فلا يسافر معها عند بعضهم وهو
وإليه ذهب القدوري وبه نأخذ لأن إثباتنا حرمة المصاهرة
كيلا يكون نكاح أم المزنية وبنتها احتياطا والاحتياط هنا في أن
لا تثبت محرميته ولا يخلو معها قوله لما بينا إشارة إلى قوله
لوجود المعنيين لأن المصاهرة كيف ما كانت يثبت المحرمية حتى
تقلل الرغبة ويدخل المحرم بلا إذن أيضا فلو حرم النظر لزم
الحرج قوله قال فلا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه
منها أي قال القدوري في مختصره أي لا بأس للرجل أن يمس الموضع
الذي يجوز له أن ينظر إليه من ذوات المحارم وقال
في شرح الكافي لا يجوز مسه وغمزه عند بعض الناس لأنه لا
ضرورة في المس ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا قدم من سفره
قبل رأس فاطمة وعن أبي بكر أنه قبل رأس عائشة ومحمد بن
الحنفية قبل رأس أمه كذا في شرح الأقطع وقال في شرح الكافي
وعن محمد بن المنكدر أنه قال بت أغمز رجل أمي وبات أخي يصلي
وما أحب أن يكون ليلتي بليلته ولأنه لما جاز النظر إليها
فلما المس جاز لهذا المعنى أيضا لأنه في المسافرة بها يحتاج
إلى إركابها وإنزالها وخدمتها بنفسه فلو لم يجز المس أدى إلى الحرج
فجاز المس أيضا للحرج وقلة الرغبة بخلاف الأجنبية
حيث يكون النظر إلى وجهها وكفيها ولا يجوز المس لأن الشهوة ثمة لا
... ملكه فلو جوزنا المس أدى إلى الفساد ثم إنما
لا يجوز النظر إلى الظهر والبطن وما يحاذيهما من ذوات المحارم
لأنه لا ضرورة إلى ذلك فإن كان عليها ثياب ... رقيقة
يحكي ما تحتها لم يجز النظر إليها لأنها عورة والنظر إلى
العورة حرام وإن كانت ثخينة جاز ذلك لأنه يقع النظر
على الثياب دون العورة ويكره المس من وراء الثياب كما

الاحتياج الى ذلك فتكون الخلوة معها في بيت لا الخلوة في الرواية
دون النظر والمس فاذا جاز ذلك جاز هذا وهذا كله اذا
امن على نفسه الشهوة فاما اذا خاف ذلك لا يحل له المس والنظر
حذرا عن الوقوع في الفساد وكذا اذا اشتهت المرأة انه
لا يجوز لقيام الداعي من جانبها وكذا لو كان اكبر رأيه انه
لو خلا بها او سافر معها او مسها لو اشتهاها لم يجز له ذلك
لان الغالب ملحق بالقطع احتياطا كذا في شرح الكافي **قوله**
لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافر المرأة ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها
زوجها او ذو رحم محرم منها اعلم ان العلماء اختلفوا في سفر المرأة
فقال بعضهم لا يجوز لها ان تسافر سفرا قريبا او بعيدا الا ومعها
زوجها او ذو رحم محرم واحتجوا في ذلك بما روى الطحاوي باسناده
الى ابي معبد مولى ابن عباس قال قال ابن عباس خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم
الناس فقال لا تسافر المرأة الا ومعها ذو محرم ولا يدخل عليها رجل
الا ومعها ذو محرم وقال بعضهم كل سفر هو دون البريد فلها ان
تسافر بلا محرم وكل سفر يكون بريدا فصاعدا فليس لها ان
تسافر الا بمحرم واحتجوا بما روى الطحاوي باسناده الى سهيل
ابن ابي صالح عن سعيد بن ابي سعيد عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تسافر المرأة بريدا الا مع زوج او ذي محرم ففي توقيت النبي صلى الله عليه وسلم البريد
دليل ان ما دونه بخلافه وقال بعضهم كل سفر هو دون اليوم فلها
ان تسافر بلا محرم وكل سفر يكون يوما فصاعدا فليس لها
ان تسافر الا بمحرم واحتجوا بما روى الطحاوي باسناده الى يحيى بن
ابي كثير عن سعيد بن ابي سعيد عن ابيه انه سمع ابا هريرة يقول قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تسافر يوما فما فوقه الا مع
ذي حرمة وقال بعضهم كل سفر هو دون ليلتين فلها ان تسافر
بغير محرم واحتجوا بما خرج الطحاوي باسناده الى ابي سعيد
الخدري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تسافر المرأة
مسيرة ليلتين الا مع زوج او ذي محرم وخالفهم اخرون
فقالوا كل سفر يكون ثلاثة ايام فصاعدا فليس لها ان تسافر
بغير محرم واحتجوا بما خرج الطحاوي باسناده الى نافع عن ابن
عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة ان تسافر مسيرة
ثلاثة ايام الا مع محرم وقال الطحاوي فحدثنا محمد بن عمرو بن يونس

قال

قال حدثنا يحيى بن عيسى وعبد الله بن نمير عن الاعمش عن ابي صالح
عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافر
المرأة سفرا ثلاثة ايام فصاعدا الا ومعها زوجها او ابنها
او اخوها او ذو محرم منها [illegible] حديث ثبوت ثلاث
في توقيت رسول الله صلى الله عليه وسلم المسح ثلاث ليال على ان الحكم فيما دون
الثلاث بخلافه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله
ان ثلاثا على حرمة ما دونها بلا محرم فيه ثلاثة ايام ولياليها
واختلفوا فيما دونها فاخذنا بالمتفق عليه اولى من الاخذ
بالمختلف فيه وقال الطحاوي في شرح الآثار وقال قوم لا باس ان
تسافر المرأة بغير محرم لما روى الزهري عن عمرة عن عائشة انها
سمعتها تقول ان المرأة تحج وليس معها ذو محرم فقالت ما كلهن لها ذو محرم
وهذه الآثار وغيرها مذكورة في شرح الآثار **قوله** قال وينظر
الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه
اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره ولا ينبغي للرجل
ان ينظر من امة غيره اذا كانت بالغة او تشتهي مثلها او يوطأ مثلها
الا الى ما ينظر اليه من ذوات محارمه ولا باس ان ينظر الى شعرها
وصدرها وعضديها وثديها وساقيها ولا ينظر
الى ظهرها ولا الى بطنها ولا الى ما بين السرة منها الى ان يجاوز الركبة
وكل ما لا ينظر اليه فلا ينبغي له ان يمسه مكشوفا وان كان
وراء ثوب مكشوف الا ان يضطر الى حملها والنزول بها ولا باس ان
يمس ما حل له النظر اليه لا باس اي المس بساقها وصدرها
وشعرها وعضديها [illegible] حتى بجارية تباع تضرب صدرها
وتمس ذراعيها وقال [illegible] ثم مضى [illegible]
[illegible] على نفسه ان يشتهي
ذلك منها او كان عليه اكبر رأيه فلا ينبغي ذلك [illegible] اذا كانت
الجارية هي التي تشتهي فلا باس بان يمس منه كل شيء [illegible] ما بين
السرة الى الركبة لا باس بان تدهن رأسه [illegible] وتدهن
صدره وظهره وساقه وقدمه [illegible] ذكر [illegible]
ان يكون على ذلك اكبر رأيه [illegible] ضرورة
في [illegible] مواضع [illegible] الباطنة الى الاجانب [illegible]
لا [illegible] داخل البيت [illegible] هذه المواضع مكشوفة

داخل البيت وخارجه ولا امة تخدمن كما ياتي الرجال والصلاة
بين يدي الضيفان وتخرج الى الاسواق هكذا من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير ولو كان نظرة الى المواضع
منها عورة لامرت بالستر ولو حرم لابدا عليهن والحكم على
الا ما يطلقا في الامر على الناس وما ظاهر وجهه اشبع حكم
والدليل على ذلك ما روى ابو عبيد في حديث عمر انه رأى جارية متكمكمة
فسأل عنها فقيل امة آل فلان فضربها بالدرة ضربا
وقال يا لكعاء أتتشبهين بالحرائر وقوله متكمكمة اي متقنعة بالكعاء
او متلففة في ثيابها ولا يبدو منها شيء وذلك من زي الحرائر
ولكعاء يعني لكاع اي لئيمة قاله ابو عبيد وفي هذا الحديث
من الفقه انه رأى ان تخرج الامة بلا قناع فاذا برزت للناس كذلك
فكذلك ينبغي ان يكون في الصلاة بلا قناع وكذلك قال ابراهيم
في صلاة الامة تصلي كما تخرج الى الاسواق وقال العلماء انما
يؤدي ان الرجل حتى يجاريه تباع تعرض كلها وفيها ثديها
وثيابها كذا في المبسوط صورته لا بأس بأمة امرأة الرجل يحتاج
الى ان تخدم زوج مولاتها وتغمز رجله وكذا امة الابن يحتاج
الى ان تخدم الاب الموطوئة المضرورة الى الحاجة ولا يحل النظر
الى ظهر الامة الاجنبية ولا الى بطنها خلافا لمحمد بن مقاتل لعدم
الضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الرغبة فيهن وتمكن الفتنة
الشهوة في الامة الاجنبية والحكم في المدبرة والمكاتبة وام
الولد كالحكم في الامة القن لقيام الرق والمستسعاة حكمها عند
ابي حنيفة حكم المكاتبة وعندهما حرة عليها دين كذا عن غيره
في كتاب الغاية قوله علاها بالدرة اي ضربها ملامة لها
قوله واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في
المحارم يعني ان الخلوة بامة الغير والسفر بها اذا امن على نفسه وعليها
اختلف المشايخ في ذلك قال بعضهم يحل ذلك اذا امن على نفسه وعليها
كما في النظر الى مواضع الزينة الباطنة وقيل لا يباح كما
في المحارم وقال بعضهم لا يحل لان لا حاجة في الامة باعتبار الضرورة
ولا ضرورة للاجنبي في حق الخلوة والسفر بالامة الاجنبية
قوله وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة
فيهن يعني اذا لم تقدر الامة الاجنبية على الركوب والنزول الا بنفسها
وحدها

يلحقها

يلحقها بمخزنه يركبها وينزلها الا الاجنبي وفي ذوات المحارم
اعتبر محمد الحاجة يعني يركبها وينزلها المحرم بمجرد حاجة
واذا لم يجد بدا الى الركوب والنزول سواء احتاج الركوب بنفسها او
بيديها ضرورة اخرى قوله ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد
الشراء وان خاف ان يشتهي اي قال القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية وهكذا ذكره في الجامع الصغير ولم يفصل اي لم يفصل في
جواز المس من الامة الاجنبية ما يجوز النظر اليه بين ان يشتهيها وعدمه
لانه قال في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يريد
شراء جارية فلا بأس بان يمس ساقيها وصدرها وذراعيها وينظر
الى ذلك كله مكشوفا فلفظ محمد يدل على جواز مس من يريد
الشراء مطلقا لان اطلاق اللفظ يشتمل ذلك وانما جاز مس هذه
المواضع التي يحل النظر اليها لان المشتري يحتاج الى
لانه محتاج الى المس حتى يقلبها ليعرف لين بشرتها وذلك
غرض صحيح فحل المس ويقال ان شاء كما انما ابيح له النظر والمس اليها
في غير حالة الشراء اذا لم يكن عن شهوة واذا كان يعني عن شهوة يكره
له ذلك فاما اذا مس هذه المواضع منها وهو يشتهيها
او كان اكبر رأيه على ذلك فكره ذلك وان كان يريد الشراء الا كرهها
لما تخلل فالنظر اليها وهو يريد الشراء عن شهوة فانه يباح وذلك
لان المس بشهوة جماع معنى والجماع حقيقة حرام وان اراد شراء
فكذا الجماع معنى بخلاف النظر بشهوة فانه ليس بجماع اصلا وقال
فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وذكر القدوري عن محمد
انه يكره للشاب مس شيء من ذلك الا بالنظر فقال بعضهم يريد
ابو حنيفة بذلك ما يتصور العلم ببشرتها قوله قال واذا
حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد قال محمد في الجامع الصغير
قال صاحب الهداية ومعناه بلغت وذلك لان الحيض دليل البلوغ
فاراد به البلوغ كما به تصورها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
قال لا ينبغي ان يعرض الامة في ازار اذا كانت حاضت الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير يعني لا تعرض على البيع لكونها لا ازار
الذي ~~والنظر الى العورة حرام~~ ما تحت سرته والركبة
وهو الا ان لا ازار ان يكون المشابهة لا بطنها وظهرها
وبطنها وظهرها عورة فلا تخلو المجالس منها مثل الوادي والنظر الى العورة حرام

[illegible]

دليله
الا ترى ان النظر الى الظهر من ذوات المحارم والبطن لا يحل
قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فجعل التشبيه بالظهر تحريما
كالفرج فلو كان النظر اليه والمس حلالا لما كان التشبيه ظهارا
كالوجه والصدر وما اشبه ذلك لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة
واما البطن فلانه محل الشهوة فكان اولى بالحرمة فاذا ثبت
انها عورة في ذوات المحارم ثبت ذلك في الامة لكمال الشهوة في الامة
وغلبتها فيهن بالطريق الاولى **قوله** قال والخصي في النظر الى
الاجنبية كالفحل اي قال القدوري في مختصره وذكر ما روي عن عائشة
قالت الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما ولانه يشتهي الجماع ويفعله
وقد قيل اشد الجماع جماع الخصي وكذا المجبوب لانه يشتهي وينزل
ولهذا لو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه منه نصا وهو والفحل بمنزلة
واحدة وهذا اذا كان بالغا وكذا المخنث الذي يباشر الردي من الافعال
فحكمه في النظر الى الاجنبية كالفحل لانه فاسق يشتهي ولم يكن هؤلاء
الثلاثة داخلين تحت قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال
لوجود الاربة فلا يستثنون فيبقون تحت حكم الكتاب العام تعالى
وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ويدل
على صحة هذا ما روي في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى هشام بن عروة
عن ابيه عن زينب بنت ام سلمة عن امها ام سلمة قالت دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم
وعندي مخنث فسمعته يقول لعبد الله بن ابي امية يا عبد الله
ارأيت ان فتح الله عليكم الطائف غدا فعليك بابنة غيلان فانها
تقبل باربع وتدبر بثمان فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء
عليكن قال ابو عبيد في غريب الحديث قوله تقبل باربع يعني اربع
عكن في بطنها فهي تقبل بهن وقوله تدبر بثمان يعني اطراف
هذه العكن الاربع لانها محيطة بالجنبين حتى لحقت بالمتنين من مؤخرها
من هذا الجانب اربعة اطراف ومن الجانب الآخر مثلها فهذه ثمان
وقد ذكر في الصحيح البخاري عن ابن جريج ان اسم المخنث هيت وقد
ذكر بعضهم في اسامي الرجال ان اسمه ماتع ووجه دخوله على
ازواج النبي انه كان يعتقد النبي صلى الله عليه وسلم من غير اولي الاربة من الرجال
لقوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال ولهذا كان يترك
ترك النبي صلى الله عليه وسلم اياه ان يدخل على ازواجه فلما وصف
وصف المرأة علم انه ليس من اولئك وامر باخراجه ونفي من دخوله

بعلمه سمعته

وذلك

كذا

كذا قال ابو عبيد وقيل المخنث بالردي من الافعال حرام
عما اذا لم يكن كذلك ولكن يكون في اعضائه لين ولا يشتهي النساء اصلا
وبه عنانة تخدمه البيت فيسكنون لهن بما مواضع ويكشفن له
لا يدخل تحت قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال
قوله والطفل الصغير مستثنى بالنص وهو قوله تعالى او الطفل
الذين لم يظهروا على عورات النساء **قوله** قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر
من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر منها اي قال القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية وقال مالك هو كالمحارم وهذا احد
قولي الشافعي وقال الكرخي في مختصره والعبد فيما ينظر اليه من
مولاته والحر الذي لا قرابة بينه وبينها ولا حرمة سواء خصيا
كان او فحلا اذا كان قد بلغ مبلغ الرجال ولا يحل خصاء الخصي شيئا
حرم على الفحل الى هنا لفظ الكرخي وجه قول مالك قوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او آبائهن او آباء بعولتهن الى قوله
او ما ملكت ايمانهن وذلك لان ما كلمة عامة يتناول الذكور والاناث
فيحل لهن ابداء مواضع زينتهن الى مماليكهن ولان المولاة قد تحتاج
الى خدمة العبد وهو يدخل عليها بلا استئذان وهي كاشفة
شعرها وقدميها وكذلك فلو لم يكن يجوز النظر ادى ذلك الى الحرج
ولنا ان العبد ليس بمحرم لها ولا زوج ويحل المناكحة بينهما بعتقه في
الجملة لان مناكحتها علة لا تحرم على التأبيد والذي يؤثر في
التحريم وحل النظر ما كان على التأبيد ولم يوجد فحرم الخلوة معها
والنظر الى مواضع زينتها لانها داعية الى الفساد لحصول الشهوة
في العبد ومولاته قوله تحتاج الى خدمته جوابه ان العبد يخدم
ظاهر البيت اذا دخل البيت هذا هو المعتاد فلم تتحقق الحاجة اليه
قال في الكشاف وعن سعيد بن المسيب قال لا يغرنكم آية النور ان المراد
بها الاماء وهذا قول الحسن البصري وعامر الشعبي ايضا قال ابو جعفر
الطحاوي في شرح الآثار حدثنا صالح بن عبد الرحمن قال حدثنا
سعيد بن منصور قال حدثنا هشيم قال اخبرنا مغيرة عن الشعبي ويونس
عن الحسن انهما كرها ان ينظر العبد الى شعر مولاته ونقل نجم الدين
النسفي في تفسيره عن سمرة بن جندب مثل قول سعيد ولنا كلمة للنظر
لان سمرة صحابي وسمرة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا النقل
عنه الطحاوي لا تشدد تسقيره في الاخبار للآثار وسعيد بن المسيب من اعلى طبقات
التابعين

كذا

سمع عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وحكيم بن حزام وعبد الله بن عمر وأبا هريرة
وأبا سعيد الخدري رضي الله عنهم وأباه المسيب وروى عنه الزهري وقتادة
وعمرو بن دينار وآخرون ولد سعيد لسنتين خلتا من خلافة عمر بن الخطاب
وذكر سنة خمس عشرة ومات سنة ثلاث أو أربع وتسعين وقيل مات سنة أربع
أو خمس وتسعين كذا في كتاب الهداية والارشاد وكذا الحسن جعله من
طبقة من التابعين وروى عن أبي بكرة وعمرو بن تغلب ومعقل بن يسار
وجندب بن عبد الله وسمرة بن جندب وعبد الرحمن بن سمرة و
أنس بن مالك وروى عنه ابن عون وقتادة وغيرهما ولد لسنتين
بقيتا من خلافة عمر وذكر سنة احدى وعشرين وكان يزعم أنه لقي
ابن أربع عشرة سنة وتوفي سنة عشر ومائة والشعبي هو عامر بن
شراحيل الشعبي من أعلى طبقات التابعين أيضا ولد لست سنين خلت
من خلافة عمر بن الخطاب حدث عن علي بن أبي طالب والحسن والحسين
ابني علي وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وأنس بن مالك وغيرهم من الصحابة
وتوفي الشعبي سنة أربع ومائة وبلغ اثنتين وثمانين سنة كذا ذكر
الخطيب في تاريخ بغداد **قوله** فان سعيدا رواه سعيد بن المسيب
ولما ذكرنا عن الكتاب وقال العظيم في شرحه انما الخلوة بالعبد
للعبد مباينا وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضي الله عنه
جديرا أن يكون للمملوك محرم في موضع الأمان فيها شدة أمانه
قوله قال ويعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته
الا باذنها أي قال القدوري في مختصره وذلك لما حدث أبو داود
في كتاب السنن باسناده الى جابر أن رجلا من الانصار أتى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال ان لي جارية أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال
اعزل عنها ان شئت يدل على أن له أن يعزل بلا اذن الأمة لأنه فوض
المشيئة الى المولى ولأن الأمة لا حق لها في الوطء فلم يلزم من العزل
تفويت حقها فلم يتوقف العزل على رضاها بخلاف الحرة فان لها
حقا في الوطء ولهذا كان لها الخيار اذا وجدت زوجها مجبوبا أو
عنينا وكذا لها حق في الولد وليس للأمة كذلك فيكون في العزل
تفويت حق الحرة فيتوقف على رضاها وقد روى أصحابنا في
كتبهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير
قال لا يعزل عن الحرة الا باذنها وأما الأمة فاعزل عنها ولا تستأمرها

قال

قال محمد رحمه الله وبه نأخذ فأما اذا كانت الأمة منكوحة فالاذن في العزل
الى المولى في قول علمائنا الثلاثة جميعا بلا خلاف بينهم في ظاهر الرواية
كذا ذكر محمد في الجامع الصغير وفي كتاب الآثار ايضا وعن أبي يوسف
ومحمد أن الاذن في العزل اليها لأن قضاء الشهوة حقها لا حق
مولاها وجه الظاهر أن الولد حق المولى لأنه يملكه فكان الاذن
في العزل اليه كالحرة لما تعلق حقها بالولد كان الاذن اليها وهو حق
والباقي مر في باب نكاح الرقيق **قوله** ولهذا لا ينقض حق
الحرة بغيرها ويستبد به المولى أي ولأجل أن الوطء حق الحرة ولا حق
للأمة في الوطء لا ينقض الحرة حق الحرة في الوطء فان يعزل
عنها ويستبد بالعزل المولى **فصل في الاستبراء وغيره** الاستبراء
طلب براءة الرحم عن الحمل وهو نوعان مستحب وهو أن البائع يستبرئها
اذا أراد بيعها وواجب وهو على المشتري وعند مالك يجب الاستبراء
على البائع صيانة لمائه اذ يحتمل أنها علقت منه لسابق وطء البائع
وحقه قائم في الوطء فلا يمنع منه وما قاله من الصيانة يحصل
باستبراء المشتري **قوله** قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها
ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها
أي قال في الجامع الصغير والأصل فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى
أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سبايا أوطاس
لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة وروى
أيضا باسناده الى رويفع بن ثابت الانصاري أنه سمع رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر
أن يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى ولا يحل لامرئ يؤمن بالله
واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها ولا يحل
لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنما حتى يقسم وأخرجه
الترمذي مختصرا وقال الكرخي في مختصره وعن مكحول أنه قال
قلت للزهري أما علمت أن عمر حتى انقضى أجله وابن مسعود
بالعراق حتى انقضى أجله وعمر بن عثمان رضي الله عنهم كانوا يستبرئون
الأمة بحيضة حتى كان يعقوب وكان يقول حيضتان قال الزهري
وأنا أزيدك عبادة بن الصامت وقد اعتاد حديث ما روينا ووجوب
الاستبراء لأن حل الوطء يبقى الى غايته ووجود الاستبراء فكان الحل
موقوفا على وجوده ودل أيضا على أن سبب وجوب الاستبراء هو ملك اليد

لانه هو الموجود في مورد النص وهو السبية والحكمة في وجوب الاستبراء
صيانة المياه المحترمة عن الاختلاط وصيانة الانساب عن الاشتباه
والحكم يدار على العلة لا على الحكمة والعلة الحقيقية ارادة الوطء
لانه اذا اراد الوطء وجب عليه الاستبراء ولكن لما كانت الارادة خفية
اقيم دليلها الظاهر وهو التمكن من الوطء بالملك واليد مقامها
مقامها تيسيرا فجعل استحداث الملك واليد علة كما في السفر
مع المشقة ثم تعدى الحكم الى سائر اسباب الملك حتى وجب عليه
الاستبراء باي سبب ملك سواء كان شراء او هبة او وصية او ميراثا
او خلعا او كتابة واذا ثبت وجوب الاستبراء حرم الوطء ودواعي
الوطء ايضا من اللمس والقبلة والنظر الى الفرج بشهوة قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير اي عن ابي حنيفة انه كان لا يرى بالقبلة
والملامسة باسا وكذلك الفقيه ان ... لانه لو ... لانه يؤدي الى
اختلاط الانساب وليس في القبلة والملامسة هذا المعنى وروي
عن ابن عمر انه كان في بعض المغازي فوقع في سهمه جارية كان عنقها
ابريق فضة فلم يصبر حتى قبلها والناس ينظرون اليه
المختار ... فان الدواعي لا تحرم هناك وهو الاصل المنصوص
عليه في الباب والفرع لا يخالف الاصل وكيف لا والوطء الحرام حرم دواعيه
ايضا كما في الظهار وكما في غير الملك لانها تفضي اليه
او لان الوطء انما حرم لاحتمال وقوعه في غير الملك واحتمال وقوع
الدواعي في غير الملك قائم ايضا فتحرم لانها لو كانت حاملا من البائع
فادعى الولد يصير وطؤه حراما ولذا تحصل الدواعي ... في
ملك الغير وذلك حرام محض بخلاف الدواعي في الحيض والصوم
فانها لا تحرم لان الوطء انما حرم في الحيض لمعنى الاذى وذلك
لا يوجد في الدواعي ولا الوقوع في ملك الغير والصوم قد يمتد
في الفرض الى شهر فلو حرم الدواعي ادى الى الحرج والحرج مدفوع
شرعا والنفل تابع للفرض فاعطي حكمه والجواب عن القياس
على المسبية يعقول ... الاسلام ... المسبية ... وروي
عن محمد انه لا يحل الدواعي في المسبية ايضا لاحتمال الوقوع في غير الملك لان
الملك لا يثبت لا يملك ... وانما حرم الوطء لمعنى السقي بزرع غيره
وهذا لا يوجد في الدواعي قوله في سبايا اوطاس والسبايا
جمع سبية وهي الجارية المنهوبة واوطاس اسم موضع على ثلاث مراحل
من مكة

ولم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم عزوه مشهورة به وهي غزوة حنين قوله
ولا الحبالى حتى يستبرئن هي جمع حائل وهي التي لا حمل لها على خلاف
القياس للازدواج بالحبالى وهي جمع حبلى والقياس حوائل
كما يقولوا ... الغدايا والعشايا والقياس الغدوات نسيبا ان
بانه لا اعتبار من استبراء الجارية وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحيض
او ما قام مقامها قوله هو ان يكون الولد ثابت النسب من البائع
لو وجد الشغل بما يحترم مهو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه
من الغير قوله والخلع والكتابة يعني اذا خالع امرأته على جارية
او كاتب عبده على جارية لا تحل للزوج والمولى وطء الجارية قبل الاستبراء
قوله وغير ذلك كما اذا تصدق على الفقير بجارية يجب استبراء الفقير
وكذا اذا آجر داره الى سنة على جارية لا يحل وطء المؤجر قبل الاستبراء
قوله وكذا يجب على المشتري من مال الصبي او المرأة يعني اذا باع
ابو الصبي جارية الصبي يجب على المشتري الاستبراء وكذا اذا اشترى
جارية من مولاتها يجب الاستبراء ولا يحل الوطء قبله قوله والمملوك
اي يجب الاستبراء اذا اشترى جارية من العبد الماذون وعليه دين مستغرق
استحسانا بيانه فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان
اشترى جارية من عبده الماذون فانه ينظر ان لم يكن على العبد دين
او عليه دين غير مستغرق فليس عليه الاستبراء لانه ملكها بعد ملكه اذ هي
بالحيضة التي حاضت عند العبد وان كان العبد عليه دين مستغرق
رقبته وما في يده من الكسب فعليه الاستبراء في قول ابي حنيفة وفي قولهما
لا يجب عليه الاستبراء لان من اصل ابي حنيفة ان العبد اذا كان عليه
دين مستغرق فالمولى لا يملك مكاسبه وعندهما يملك ولو اشترى
من مكاتبه فعليه الاستبراء لانه لا يملك مكاسب مكاتبه ولو
اشترى من ابنه الصغير وجب عليه الاستبراء كذا في شرح الطحاوي
قوله ومن لا يحل له وطؤها كما اذا اشتراها من اختها الرضاعية
قوله وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ يعني يجب لحصول السبب
وهو استحداث ملك اليمين واليد وهذا ظاهر الرواية قال في شرح
الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال لا استبراء في البكر قوله
وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم هي بكسر الحاء جمع
حكمة يعني ان العلة في وجوب الاستبراء استحداث ملك اليمين واليد
والحكمة يتعرف ... الرحم وقد وجدت العلة في هذه الصور

أي المشتراة من مال الصبي ومن المرأة ومن المرأة البكر يثبت الحكم
فيها أيضا وهو وجوب الاستبراء وإن لم توجد الحكمة لأن الصبي لا ماء له
والمرأة لا نطفة لها والبكر ليست بموطوءة لأن الحكم يدور مع العلة
ولا يدور مع الحكمة يعني يحصل السبب وهو الشغل وإن لم يوجد حقيقة
الشغل فإن قلت كيف يتصور توهم الشغل في الصور المذكورة قلت
يحتمل أن تكون جارية الصبي أو المرأة موطوءة بشبهة فيثبت النسب من
الواطئ فيتوهم الشغل وأما البكر فإن الرجل قد يجامعها فيما دون
الفرج فتحبل مع بقاء البكارة فيثبت توهم الشغل أيضا فبهذا الطريق
وجب استبراؤها من امرأة أو صبي كما لا يستبرئ إلا بزيادة واحدة [illegible]
ذكوره لو كان الحكم فيها كذا **قوله** ثم كذا لا يجتزأ بالحيضة التي
استبرأها في أثنائها أي في أثناء الحيضة يعني إذا اشترى الأمة
وهي حائض فطهرت من تلك الحيضة لا يجتزأ بها وكذا إذا حاضت
قبل القبض بعد وجود سبب الملك وكذا إذا ولدت قبل القبض
بعد أسباب الملك لا يجتزأ بذلك لأن الحكم لا يسبق سببه وروي عن
أبي يوسف أنه قال يجتزأ بتلك الحيضة كذا في شرح الطحاوي **قوله**
وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي يعني لا يجتزأ
بالاستبراء الحاصل قبل الإجازة لأن العلة وهي استحداث الملك واليد
لم توجد قبل الإجازة **قوله** ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد
لأن العلة لم توجد وهي الملك واليد وكذا التي لا يتوقف عليه فكان
الاستبراء الحاصل قبل السبب كأن لم يكن وقوله قلنا إنما هو إلى قوله
لأن السبب استحداث الملك واليد والحكم يضاف إلى السبب **قوله** ولو كانت
في جارية للمشتري فيها شقص ثم اشترى الباقي وذلك لأن تمام السبب
حصل الآن **قوله** ويجتزأ بالحيضة التي حاضت بعد القبض
وهي مجوسية أو مكاتبة إلى آخره قال الكرخي في مختصره وإذا اشترى
الرجل أمة مجوسية أو كانت مسلمة فكاتبها قبل أن يستبرئها فحاضت
المكاتبة في حال كتابتها أو حاضت المجوسية في حال مجوسيتها حيضة
ثم عجزت المكاتبة أو أسلمت المجوسية أجزأت تلك الحيضة من
الاستبراء إلى هنا لفظ الكرخي وذلك لأن الحيضة وجدت بعد سبب
الاستبراء وحرمة الوطء لا تمنع من الاعتداد بالحيضة عن
الاستبراء كمن اشترى جارية محرمة في حال إحرامها **قوله**
ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة

أو ملكت

أو ملكت المرهونة أي الجارية الآبقة والجارية المغصوبة
والجارية المؤاجرة والجارية المرهونة وذلك لانعدام استحداث الملك
وفي الآبقة تفصيل لا بد من معرفته قال في شرح الطحاوي
ولو أبقت إلى دار الحرب ثم عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه فلا
استبراء عليه في قول أبي حنيفة لأنهم لم يملكوها وعندهما عليه الاستبراء
لأنهم ملكوها ولو أخذوها في دار الإسلام وهي آبقة وأحرزوها بدارهم
ملكوها في قولهم جميعا فإذا عادت إلى مولاها فعليه الاستبراء
في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي فعلى هذا يكون المراد من الآبقة
في المتن هي التي أبقت في دار الإسلام ولم يحرزها العدو ثم رجعت
إلى مولاها **قوله** ولها نظائر كثيرة لم نبينها في كفاية المنتهي
منها أن تخرج الجارية إذا أحرم عليه ولكن لم تخرج من ملكه كما في
الحيض والنفاس والردة والكتابة ثم زالت هذه العوارض حلت
له بغير استبراء كذا في شرح الطحاوي ومنها إذا باع جارية من رجل
ثم تقايلا البيع قبل التسليم فعادت إلى البائع القياس أن يجب على
البائع الاستبراء لوجود العلة وفي الاستحسان لا يجب لأن ملك المشتري
لم يتأكد عليها وروي عن أبي حنيفة أنه أخذ بالقياس ولو تقايلا
بعد التسليم إلى المشتري وجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا
كذا في شرح الطحاوي ومنها أن المشتري إذا ردها عليه بخيار عيب
أو خيار رؤية وجب على البائع الاستبراء لأن الرضا والقضاء [illegible]
لا يمنعان وقوع الملك للمشتري فأما إذا ردت على البائع بخيار
الشرط فإنه ينظر إن كان خيار الشرط للبائع فلا يجب عليه [illegible]
لأنها لم تخرج عن ملكه ويجب على المشتري بعد إجازة البائع البيع
بعد القبض وإذا حاضت قبل ذلك لا يجتزأ بتلك الحيضة وإن
كان خيار الشرط للمشتري ففسخ وعادت الجارية إلى ملك البائع فإن
كان الفسخ قبل القبض لم يجب الاستبراء على البائع بالإجماع
وإن كان الفسخ بعد القبض فكذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد
يجب على البائع الاستبراء لأن من أصلهما أن شرط الخيار للمشتري
لا يمنع وقوع الملك للمشتري وعند أبي حنيفة يمنع كذا في شرح الطحاوي
ومنها أن البيع إذا كان فاسدا ففسخ البيع ورد على البائع
إن كان قبل القبض فلا استبراء على البائع في قولهم وإن كان الفسخ
بعد القبض فعلى البائع الاستبراء في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي

ومنها اذا اسرها العدو ثم عادت اليه بعد الاحراز بدار الحرب
فعليه الاستبراء ولو اخذته من العدو قبل الاحراز بدارهم فردت
الى صاحبها فلا استبراء عليه كذا في شرح الطحاوي ومنها اذا اشترى جارية
وهي في عدة من زوج عدة وفاة او عدة طلاق وقد بقي من عدتها
لو قرءا او بعض قرء ثم انقضت عدتها بعد قبض المشتري فلا استبراء
عليه فان انقضت عدتها قبل القبض فلا تحل له الا بالاستبراء
كذا في شرح الطحاوي ومنها اذا نفل الامام الجند فقال من
اصاب منكم جارية فهي له فاصاب رجل احد من الجند جارية فاستبراها
بحيضة فاراد ان يطأها في دار الحرب او قسم الامام الغنائم في دار
الحرب فاصاب رجل منهم جارية فاستبراها بحيضة فاراد
ان يطأها فجامعها او باع الامام الجارية من الغنيمة من رجل
فاستبراها المشتري بحيضة واراد ان يطأها في دار الحرب قال
ابو حنيفة وابو يوسف ان يطأها قبل الاحراز بالدار فاذا احرزها
بدار الاسلام فعليه ان يستبرئها ثم يطأها وقال محمد لا بأس بان
يطأها واذا دخل احد غازيا فغنم جارية واستبراها بدار
الحرب يحل له وطؤها بالاجماع كذا في شرح الطحاوي ومنها اذا زوج
امته فطلقها قبل الدخول يستبرئها المولى لانه ملكها بمنفعة ذا بكر
وفي رواية لا يستبرئها وهو الصحيح لان ملك اليمين لم يتجدد ومنها
انه لو باع مدبرته وسلمها المشتري ثم رد لا يستبرئها البائع لان الملك (والمطلقه)
لم يثبت للمشتري ولهذا لو اعتقها لا ينفذ للمشتري ان كان ذمي
ذمي اشترى امة لا يستبرئ لانه واجب حقا لله تعالى والكافر غير
مخاطب به فان اسلم قبل ان يطأها استبرأها ان لم يكن حاضت
[illegible] لانه صار من اهله ووقت الاستبراء باق فيجب عليه
حتى لو وطئها لا يحد لان [illegible] في الوقت كذا في [illegible] **قوله**
كالحامل المشتراة على ما بينا اشاره الى قوله لاحتمال الشغل بماء
الغير على اعتبار ظهور الحبل بدعوة البائع **قوله** لما روينا اشاره
الى قوله لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن **قوله** في اثنائه
اي في اثناء الشهر يعني اذا حاضت الجارية التي كانت تحيض لصغر
او لكبر في خلال الشهر بطل الاستبراء بالاشهر وذلك لان القدرة
على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف يبطل حكم الخلف
كما في المرأة اذا كانت عدتها بالاشهر فرأت الدم في خلالها

يجب عليه الا ان يعتاد بالحيض فكذا هذا يجب الاستبراء بالحيضة
قوله ثلث اذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل
وقع عليها قال الطحاوي في مختصره ومن اشترى جارية ممن تحيض
فارتفع حيضها لا من حمل فانه لا يقربها حتى يعلم انها [illegible] ان محمدا روى عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة انه قال لا يطأها حتى يعلم انها غير حامل ولم يقدر في ذلك
شيئا وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثل ذلك
الا انهم رووا عنه ان مقدار ذلك ان يمضي عليها ثلاثة اشهر او اربعة
اشهر فاذا مضت عليها ولم يعلم حملا كان له وطؤها ولم يحك محمد
عن ابي يوسف خلافا لابي حنيفة في ذلك وقد حكاه اصحاب الاملاء وقال
محمد من رأيه لا يطأها حتى يمضي عليها شهران وخمسة ايام فاذا
مضت ولم يعلم حملا كان له وطؤها ثم رجع عن ذلك فقال لا يطأها
حتى يمضي عليها اربعة اشهر وعشرة ايام فاذا مضت عليها ولم يعلم بها
حملا كان له وطؤها قال ابو جعفر قال زفر لا يطأها حتى يمضي عليها
حولان وهو قول الثوري وعبيدة وهو قول ابي حنيفة الاول كذا في مختصر
(الطحاوي) عن ابي حنيفة الى هنا لفظه ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف ان
الحامل اذا مضت لها مدة ظهرت علامات حبلها فانتفاخ جوفها
وتغير لبنها فاذا مضت المدة ولم يتبين الحمل فالظاهر انها حائل
فصار كما لو استبراها بحيضة ووجه قول محمد ان الاربعة
اشهر وعشرا اقصى ما يقع به الاستبراء بالشهور الا [illegible]
فاذا مضت ولم يظهر الحمل حل الوطء ووجه الرواية الاخرى عنه ان
هذا القدر يعتبر في الحرة فاما الامة فاقصى ما يعتبر استبراؤها
بالشهور شهران وخمسة ايام في عدة الوفاة فاذا مضت جاز الوطء
ووجه قول زفر ان الاستبراء يجوز ان يكون خوفا من ان يكون
حاملا ولا يستيقن زوال الحمل الا بمضي اكثر مدته فوجب اعتبار
ذلك **قوله** وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة اي وجهي قول ابي يوسف
وقول محمد يعني في مسئلة الاحتيال هما ما في الشفعة وهو ان هذا
منع عن وجوب الاستبراء ودفع لثبوته فلا يكره الاحتيال [illegible]
ووجه قول محمد ان الاستبراء انما يجب صيانة للمياه المحترمة
عن الاختلاط وصيانة للانساب عن الاشتباه فلا يجوز الاحتيال
في الاسقاط يلزم الاختلاط والاشتباه فيكره **قوله**
والماخوذ به قول ابي يوسف الى آخره يعني الفتوى على قول ابي يوسف

في صورة عدم تزوّج البائع في طهرها ذلك وقول محمد في صورة القربان
قوله والحيلة قال الخصاف في أدب الحيل قلت رجل
أراد أن يشتري جارية ولا يلزمه استبراؤها فما الحيلة في ذلك قال الحيلة
في ذلك أن يزوجها البائع من رجل قبل أن يبيعها ثم يبيعها من الرجل
الذي يريد شراءها فيقبضها المشتري ولها زوج وفرجها
عليه حرام ثم يطلقها الزوج بعد ذلك فلا يكون على المشتري استبراء
قلت فإن أبى البائع أن يزوجها من رجل ثم يبيعها قال يشتريها هذا
المشتري ويدفع الثمن ولا يقبضها حتى يزوجها المشتري من عبده
أو من غيره ثم يقبضها بعد التزوج ثم يطلقها ذلك العبد
فلا يكون على المشتري استبراء فإن خاف المشتري أن لا يطلقها عبده
فإنه يزوجها منه على أن أمرها في طلاقها كلما شاء في يد المولى
إذا تزوجها فإذا زوجها إياه على ذلك كان الطلاق في يد المولى
انتهى بلفظ الخصاف وفي الفتاوى الصغرى نقلا عن [illegible]
الناطفي الحيلة في إسقاط الاستبراء أن يزوج البائع الجارية
ممن لا يريد شراءها إن لم تكن له امرأة حرة ثم يبيعها منه فيبطل
النكاح ويحل له وطؤها من ساعته ويسقط الاستبراء ثم قال
عنها قال ظهير الدين إنما لا يسقط الاستبراء لبعض المشايخ
أنه إنما يحل للمشتري وطؤها في هذه الصورة أن لو تزوجها ووطئها
ثم اشتراها لأنه حين ملكها وجبت عدته أما إذا اشتراها قبل
أن يطأها فلما اشتراها بطل النكاح ولا نكاح حال الشراء لكن يجب
الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين
وهذا لم يذكر في الكتاب وهذا دقيق حسن انتهى بلفظ الفتاوى الصغرى
وإنما سقط الاستبراء في صورة الحيلة لأن سبب وجوب الاستبراء
استحداث ملك اليمين واليد وعند وجود السبب لم يكن الفرج حلالا
له فلم يجب وإن حل الفرج بعده لأنه لا اعتبار لوجود السبب
كما إذا كانت الأمة معتدة فانقضت عدتها بعد القبض لا يجب
الاستبراء بعد ذلك فكذلك ههنا ثم إنما إذا زوجها قبل الشراء
استبراؤها يسقط عنه جميع المهر وإنما إذا تزوج عند المشتري قبل
قبضه كما يسقط المهر على الزوج إذا طلقها قبل الدخول المولى
الجارية وله أن يجبره في ذلك قوله ولو كانت أي لو كانت
المشتري امرأة حرة قوله فيمن يوثق به أي يعتمد عليه ولا في
عمله

رجلا أن لا يطلقها قوله ثم يشتريها ويقبضها أي يعني إذا زوجها البائع
قبل الشراء ممن يوثق به قوله أو يقبضها أي غير زوجها المشتري
قبل القبض ممن يوثق به قوله فالولد الفرد المظاهر ولا يلمس
ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر أي قال في الجامع الصغير
والأصل فيه أن الظهار يوجب تحريم الوطء قبل الكفارة لقوله تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة
من قبل أن يتماسا وبعدما وجب الكفارة قبل التماس وهو الوطء
فإذا وطئها قبل الكفارة فلزم ترك المأمور به فيكون
حراما ثم لما كان حرم الوطء حرم دواعيه أيضا من اللمس والقبلة
والنظر إلى الفرج بشهوة لأن سبب الحرام حرام لا محالة لأنه لو كان
السبب حلالا لكان المسبب أيضا حلالا لأنه المقصود من شرعه
السبب هو المسبب كما في الاعتكاف لما حرم الوطء حرم الدواعي أيضا
وكما في الإحرام لما حرم الوطء حرم الدواعي وكما في المنكوحة إذا
وطئت بشبهة حرم وطؤها قبل انقضاء العدة فكذلك حرم الدواعي
بخلاف حالة الحيض والصوم فإنهما يحرم الوطء ولا يحرم الدواعي
لأن وقوع الحيض يكثر لأنه قد يقع في كل شهر والصوم فرض
أيضا في شهر وقد نقله إلى أكثر العمر فلو حرم الدواعي وقع
الحرج وهو مدفوع وهذا لقول ما روي عن صاحب السنن
بإسناده إلى ميمونة رضي الله عنها قالت إن رسول الله كان يباشر المرأة
من نسائه وهي حائض إذا كان عليها إزار إلى أنصاف الفخذين
أو الركبتين وبإسناده أيضا إلى عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يأمر إحدانا إذا كانت حائضا أن تتزر ثم يضاجعها زوجها وبإسناده
أيضا إلى عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقبل وهو صائم ولكنه كان أملك لإربه قوله ومن له أمتان
أختان فقبلهما بشهوة فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها
ولا يلمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها حتى يملك فرج الأخرى غيره
بملك يمين أو نكاح أو يعتقها أي قال في الجامع الصغير والأصل
فيه قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين عطفا على قوله حرمت
عليكم أمهاتكم وبناتكم ثم المراد من تحريم الأمهات والبنات
تحريم قضاء الشهوة وأسبابه بالإجماع حتى يستوي فيه النكاح
وملك اليمين ألا ترى أن من ملك أمة أو بنته من الرضاعة

لم يحل له الاستمتاع بهما لكن المراد من تحريم الجمع بين الأختين
هو التحريم في حق قضاء الشهوة لا أن الجمع في نفس ملك اليمين مطلق
لأنه ليس باستمتاع بل سبب له بخلاف النكاح لأنه سبب له وأما
الجمع في الوطء فحرام لأنه هو الأصل في الاستمتاع وكذلك الجمع
في التقبيل واللمس والنظر إلى الفرج بشهوة حرام لأنها استمتاع
ودواع إلى الزنا ولو قبلهما جميعا بشهوة فعندنا شرح الإمام ولا
يقول لأحدهما ولو كان وطئهما لم يحل له وطء واحدة منهما لأنه
يصير جامعا بينهما في الحكم ثم المراد بالنص هو قضاء الشهوة
ويكون هاهنا والجمع بين الأختين نكاحا لا يجوز بالإجماع
أما الجمع بين الأختين وطئا بملك اليمين لا يجوز عند عامة
الصحابة وهو المروي عن علي وعند عثمان يجوز لأنه أحلتهما
آية وحرمتهما آية والأصل في الأبضاع الحل بعد تعارض الدليل
... وهو ملك اليمين وأراد بآية الإحلال قوله تعالى
إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وأراد بآية التحريم قوله تعالى
وأن تجمعوا بين الأختين والصحيح قول العامة لأن المحرم مع
المبيح إذا اجتمعا فالمحرم أولى لأن الحرام يجب تركه والمباح
لا يجب فعله فإن أخرج التي وطئها من ملكه أو زوجها جاز أن
يطأ الأخرى إذا كان استبراها بعد استبرائها أما إذا باعها
تعود إلى ملكه ... الأخرى جاز له
أن يتزوج أختها وكذلك إذا أخرج بعضها عن ملكه بأن زوجها
أو كاتبها فإنها خرجت من أن تكون مملوكة الوطء له بكتابتها
... ويحرم الوطء عليه كما يحرم بالعقد ولو لم يطأ الأولى
يطأ التي اشتراها لأنه لا يؤدي إلى الجمع **قوله** على ما قدمناه
من قبل إشارة إلى قوله لأن الأصل أن يستباح أي حرام
قوله فينتظم التمليك بسائر أسبابه أي بأسباب التمليك
كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والمهر والصلح
قوله فإذا تزوج إحداهما ... لا يطأ الأخرى
إلا أن يطأ المزوج ... النكاح الفاسد ...
لأن الدخول يوجب العدة والعدة أمرها في التحريم كالنكاح الصحيح
فإذا دخل بها المزوج بنكاح فاسد حل وطء الأخرى قال الشيخ أبو الحسن
الكرخي وإذا اشترى جارية فاستولدها ثم حاضت حيضة

ودليل

وكذا لأن البيع الفاسد يجب فسخه لحق الله تعالى والنظر فيه محظور
والوطء فيه من حكم التصرف فيكون محظورا فإن استبراها بعد ذلك
بشراء صحيح وبعدما تحاضت قبل القبض في البيع الفاسد لا تعتد
بتلك الحيضة لأن القبض في البيع الفاسد لا يبيح الوطء والحيضة الموجودة
قبل سبب الإباحة لا يعتد بها كذا ذكره الهندواني في شرحه **قوله**
وكذا امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهما كما ذكرناه بمنزلة الأختين
وهذا كما إذا كانت إحداهما عمة الأخرى أو خالتها لا يجوز الجمع بينهما
بالحديث المشهور فهما بمنزلة الجمع بين الأختين في قضاء الشهوة
فإذا قبلهما أو لمسهما أو نظر إلى فرجهما بشهوة لا يجوز له وطء واحدة
منهما حتى تحرم فرج الأخرى عليه بوجه من الوجوه وكذا الحكم فيما
إذا كانت إحداهما أم الأخرى أو بنتها لا يجوز الجمع بينهما في قضاء الشهوة
قال في كتاب النكاح من شرح الطحاوي الجمع بين الأختين في عقد النكاح
لا يحل فإن تزوجهما في عقدة واحدة فرق بينهما وبينه فإن كان قبل
الدخول فلا شيء لهما وإن كان بعد الدخول وجب لكل واحدة الأقل
من مهر مثلها ومن المسمى ولا يجوز أن يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي
عدة صاحبتها وإن كان قد تزوجهما في عقدتين متفرقتين فنكاح
الأولى جائز ونكاح الأخرى باطل فيفرق بينه وبين الأخرى فإن
كان قبل الدخول بها فلا شيء لها وإن كان قد دخل بها فلها الأقل
من مهر مثلها ومن المسمى ولا يفسد نكاح الأولى بخلاف الأم والابنة
إلا أنه لا يطأ الأولى حتى تنقضي عدة الأخرى ولو تزوجهما في عقدين ولا
يدري أيتهما أسبق فإنه يؤمر الزوج بالبيان فإن بين فعلى ما بين
وإن لم يبين فإنه لا يتحرى ولكن يفرق بينه وبينهما ويقضى على الزوج
نصف المهر يكون بينهما وروي عن أبي يوسف أنه قال لا يجب على الزوج
شيء من المهر وروي عن محمد أنه قال يجب عليه المهر لكل واحدة كاملا
ولا يجوز الجمع بين الأختين استمتاعا كما لا يجوز الجمع بينهما نكاحا
فإذا ملك أختين كان له أن يستمتع بأيتهما شاء وإن استمتع بإحداهما
فليس له أن يستمتع بالأخرى بعد ذلك وكذلك لو اشترى جارية فوطئها
ثم اشترى أختها كان له أن يطأ الأولى وليس له أن يطأ الثانية بعد
ذلك ~~وكذلك لو اشترى جارية فوطئها ثم اشترى أختها~~ ما لم يحرم
فرج الأخرى على نفسه وتحريمه إياه إما أن يزوج من رجل أو بأن يخرج
عن ملكه إما بعتاق أو ببيع أو هبة أو صدقة أو كتابة لأنه أي

لانه قال لكنا به لا يحل له فرج الاخرى ولو تزوج جاريته فلم يطأها
حتى استبرى اختها عليه له ان يستمتع بالمشتراه لان الفراش يثبت
بنفس النكاح ولو وطي التي اشتراها كان له ان يجامعها في الفراش
ذكر كما الجمع بين من كانت في عدة الاخرى حرام عليه وهو ان يحل
شخصين لو فعل احدهما ذكرا والاخرى انثى لكانا يجاز النكاح
بينهما جاز الجمع بينهما اذا كانتا انثيين وان كان لا يجوز النكاح بينهما
لا يجوز الجمع بينهما اذا كانتا انثيين الى هنا لفظ شرح الطحاوي في
الباب غير في فصل المحرمات في كتاب النكاح **قوله** قال ويكره ان
يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه اي قال
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال اكره
ان يقبل الرجل من الرجل فمه او يده او شيئا منه واكره المعانقة
ولا ارى بالمصافحة بأسا الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير
ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى بل قال يكره هذه القبلة والمعانقة
جميعا ويجوز المصافحة فلاجل هذا قال صاحب الهداية وذكر الطحاوي
ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة
واراد به ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى انس بن مالك
قال قالوا يا رسول الله اينحني بعضنا لبعض اذا التقينا قال لا قالوا
فيعانق بعضنا بعضا قال لا قالوا فيصافح بعضنا بعضا قال نعم قال
قال الطحاوي فذهب قوم الى هذا فكرهوا المعانقة منهم ابو حنيفة ومحمد
وخالفهم آخرون ولم يروا به بأسا منهم ابو يوسف وحدث الطحاوي في ذلك
باسناده الى الشعبي قال لما قدم جعفر فتح خيبر قال لا ادري
بأي الشيئين انا اشد فرحا بفتح خيبر او بقدوم جعفر ثم تلقاه واعتنقه
وقبل ما بين عينيه وحدث الطحاوي باسناده الى الشعبي ان اصحاب النبي
صلى الله عليه وسلم كانوا اذا التقوا تصافحوا واذا قدموا من سفر
تعانقوا وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ام الدرداء قالت قدم
علينا سلمان فقال اين اخي فقلت في المسجد فاتاه فلما رآه اعتنقه
واخذ الطحاوي بقول ابي يوسف في شرح الآثار وقال الطحاوي في مختصره
وكره ابو حنيفة المعانقة ولم ير بأسا بالمصافحة وروي عن ابي يوسف
انه قال لا بأس بالمعانقة وهذا اجود الى هنا لفظ مختصره وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فاما القبلة تكره بالاجماع وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قال القبلة على خمسة اوجه

قبلة

قبلة تحية وقبلة شفقة وقبلة رحمة وقبلة مودة وقبلة شهوة
فاما قبلة التحية فكان المؤمنين يقبل بعضهم بعضا على اليد
وقبلة الرحمة قبلة الوالد لولده والوالدة لولدها يقبل على الخد
وقبلة الشفقة قبلة الولد لوالديه او لوالدته يقبل على الرأس واما
قبلة المودة فيقبل اخاه او اخته على الخد وقبلة الشهوة قبلة
الزوج لزوجته على الفم وقال الامام حميد الدين الضرير في شرح الجامع الصغير
وهذا اذا كانت المعانقة في ازار واحد فاما اذا كان عليه قميص او جبة
قالوا لا بأس به وكذا التقبيل اذا لم يكن على وجه الشهوة بل على وجه
المبرة لا بأس به وفي فتاوى الواقعات سئل ابو بكر [illegible]
الذي يقبل يد العالم او السلطان انما ذلك جائز لها وحكي عن
سفيان انه قال تقبيل يد العالم او السلطان العادل سنة فقام
عبد الله بن المبارك وقبل رأسه وقال من يحسن هذا غيرك
واما تقبيل يد غيرهم تكلموا فيه فمنهم من قال ان كان الرجل
يامن على نفسه ويتوقى حيثه وهو تعظيم المسلم واكرامه لا بأس به
ثم قال في الواقعات والمختار انه لا رخصة فيه وفي المقدمين من — لانه لا رخصة
اهل الشام يتهلكون اي لا يقعدون وفي صاحب السنن في اواخر السنن
باسناده الى ابي امامة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم متوكئا
على عصا فقمنا اليه فقال لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضها بعضا
وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى ابي سعيد الخدري ان اهل قريظة
لما نزلوا على حكم سعد ارسل اليه النبي صلى الله عليه وسلم فجاء على حمار فقال
النبي صلى الله عليه وسلم قوموا الى سيدكم او الى خيركم فجاء حتى قعد الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى
عائشة بنت طلحة عن ام المؤمنين عائشة قالت ما رأيت احدا اشبه سمتا — كان
وهديا ودلا برسول الله من فاطمة كانت اذا دخلت عليه قام اليها
فاخذ بيدها فقبلها واجلسها في مجلسه وكان اذا دخل عليها قامت
اليه فاخذت بيده فقبلته واجلسته في مجلسها وحكي عن الشيخ
ابي القاسم الحكيم السمرقندي انه كان اذا دخل عليه احد من الاغنياء
يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك
فقال ان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا
والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام
والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

ذكره المحبوبي في شرح الجامع الصغير واما السجود لغير الله تعالى
فهو كفر اذا كان من غير اكراه وما يفعله بعض الجهال من الصوفية
بين يدي شيخهم فحرام محض اقبح البدع فينهون عن ذلك لا محالة وذكر
فيما حدث صاحب شرح كتاب النكاح باسناده الى النبي عن قيس بن
سعد قال اتيت الحيرة فرايتهم يسجدون لمرزبان لهم فقلت رسول الله
احق ان يسجد له فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت اني اتيت الحيرة
فرايتهم يسجدون لمرزبان لهم فانت يا رسول الله احق ان نسجد لك فقال ش مرزبان اسم ملوك العجم
ارايت لو مررت بقبري اكنت تسجد له فقلت لا قال فلا تفعلوا
لو كنت آمرا احدا ان يسجد لاحد لامرت النساء ان يسجدن لازواجهن
لما جعل الله لهم عليهن من الحق وقال في الواقعات في باب [illegible]
بعلامة [illegible] واذا قيل لمسلم اسجد للملك والا قتلناك فالافضل
ان لا يسجد لانه كفر والافضل ان لا ياتي بما هو كفر صورة وان
كان في حالة الاكراه وان كان السجود سجود التحية فالافضل ان يسجد
فانه ليس بكفر فهذا دليل على ان السجود بنية التحية اذا كان خائفا
لا يكون كفرا فعلى هذا القياس لا يصير من يسجد عند السلطان
على وجه التحية كافرا الى هنا لفظ الواقعات واما تقبيل الارض
بين يدي العلماء وغيرهم فقالوا انه حرام لا اشكال فيه والراضي به
آثم لانه يشبه عبادة الوثن قوله روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة
وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وتفسير المكامعة ص
بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب كامع امراته ضاجعها
وكاعم المراة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة
والمكامعة اي عن ملاثمة الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما
قوله قال ولا باس بالمصافحة اي قال في الجامع الصغير وسنة [illegible]
مرت قبل هذا وذلك لما روى صاحب السنن باسناده الى البراء بن عازب
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا التقى المسلمان فتصافحا وحمدا الله
واستغفراه غفر لهما وباسناده الى انس ايضا قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل ان يتفرقا
وباسناده الى انس بن مالك قال لما جاء اهل اليمن قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
قد جاءكم اهل اليمن وهم اول من جاء بالمصافحة فصل في البيع قوله
قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة اي قال في الجامع الصغير
وهذا مذهبنا وعند الشافعي لا يجوز بيع السرقين كالعذرة وجلد الميتة

مباح التراب لانه [illegible] النفس ولنا ان السرقين مال فجاز بيعه
كسائر الاموال وانما علمنا انه مال لانا رايناه ينتفع به ويتمول
اي يدخر لوقت الحاجة ويتناوله المسلمون بالسرقين وينتفعون به من
غير نكير من احد من السلف الا ترى ان الناس يلقونه في الاراضي
لاستكثار الريع وما كان منتفعا به كان مالا فجاز بيعه وهذا لان
ابا عبيد ذكر في حديث سعد بن ابي وقاص انه كان يدمل ارضه بالعذرة
وفسر العذرة في الفائق بالرجيع وفسرها الاصمعي بعذرة
الناس نقله ابو عبيد عنه وقال في الجمهرة العذرة البعرة وما
اشبهه مما تسمد به الارض وقوله يدمل ارضه اي يصلحها
ويحسن معالجتها وقال الليث [illegible] يدمل الارض يصلحها
قال ابو حنيفة كلام العذرة فان العادة لم تجر بالانتفاع بها الا مخلوطا
بالتراب او الرماد والمخلوط مال عندنا يجوز بيعه وبخلاف العين فيمنع
ذلك ولا يمنع الانتفاع بها بيع ذلك لوجود الانتفاع وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي حنيفة جواز
الانتفاع بالعذرة روايتان في احدى الروايتين يكره وفي الثانية
لا يكره فعلى قياس الرواية التي لا يكره ينبغي ان يجوز بيعه وقد روي عن
سعد بن ابي وقاص انه كان يدمل الارض بالعذرة وروي عن محمد
انه قال اذا كان التراب غالبا على العذرة فلا باس به الى هنا لفظ
الفقيه والعذرة رجيع الادمي قوله لا بغير المخلوط في الصحيح
احترازا عن الصحيح من الرواية الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة
يجوز وان لم يكن مخلوطا والروايتان نقلهما الفقيه قبل هذا
قوله والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة يعني ان الزيت المخلوط
بالنجاسة يجوز بيعه ويجوز الانتفاع به في الاستصباح فكذا
العذرة المخلوطة بالتراب الغالب يجوز بيعها قياسا عليه في الجامع
كونها منتفعا بها لان الناس يستغلونها مخلوطة قوله قال
ومن علم بجارية انها لفلان ثم راى آخر يبيعها وقال
وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطاها اي قال
في الجامع الصغير واصله ان خبر الواحد في المعاملات حجة كان
عدلا او غير عدل صبيا كان او بالغا حرا كان او عبدا مسلما كان
او كافرا وهو معنى قوله على اي وصف كان يعني بعد ان كان مميزا
والاجماع المنعقد في ذلك وقد جعل الله تعالى خبر الواحد حجة في كتابه كما في قوله تعالى

وكان رجل من تخصى المدينة لشيء وقوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم
هذه الى المدينة وقد تقدمت السنة ايضا وفي ذكر صور ايضا
فلذلك جعل خبر الفاسق حجة في هذا الباب ولم يشترط العدالة للضرورة
ولكن السامع يحكم رأيه في الفاسق بخلاف العدل لعزته وعدم تمام
ما يجعل الخبر فيه حجة وهو اربعة اقسام عند قوله ويعمل
في المعاملات بقول الفاسق **قوله** بخبر صحيح لانه صدر
عن عقل ودين مع اعتقاد حرمة الكذب **قوله** كما مر من قبل اي
في فصل الاكل والشرب في قوله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا
لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير اشتراط العدالة
دفعا للحرج ولهذا يعتمد على قول الدلال ويشترى منه عادة من غير
رجوع الى صاحب المال **قوله** لا يعلم اشارة الى قوله لانه خبر صحيح
لا معارض له **قوله** على ما مر اشارة الى ما قال في فصل الاكل والشرب
ان قول الواحد يقبل في المعاملات دفعا للحرج **قوله** وان كان
اكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يتعرض لشيء من ذلك اي لا يقصد
لشيء من الابتياع والوطء وقبول الشيء ولا التقاطها وفي بعض النسخ
ان يتعرض لشيء اي بعض ما ذكر في الكافي وكذلك الطعام والزاد
في جميع ذلك **قوله** وكذا اذا لم يعلم انها لفلان يعني هذا
الذي قلنا فيما اذا رأى الجارية في يد فلان وعلم انها له ثم رآها في
يد فلان وعلم انها له آخر فيبيعها وكل بيعها او يعدي بها
على ان يهبها واشتراها منه فان كان ثقة صدقه ان يقع
وان لم يكن ثقة ولكن اكبر رأي السامع انه صادق صدقه وان كان
اكبر رأيه انه كاذب فانه لم يقبل ذكر عنه ولم يشترها وان كان
لم يخبره ان ذلك الشيء لغيره فلا بأس بشرائه وقبوله منه وان كان
غير ثقة الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك كاللؤلؤة في يد الفقير والكتاب
النفيس في يد الجاهل فحينئذ يتنزه ولا يتعرض لشيء من ذلك
لانه وقع التردد في حاله فوجب التنزه والاحتياط ولكن مع ذلك
لو اشتراه كان في سعة لاعتماده على الدليل الشرعي وهو ان اليد دليل الملك
والتنزه افضل **قوله** وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم تقبلها
ولم يشترها حتى يسأل اي اذا اتاه عبد او جارية بها ما اراد شرع الى
فلا يشتري حتى يسأل عن ذلك وان ذكر ان مولاه قد اذن له وهو
ثقة ما مر فلا بأس بشرائه وقبوله منه وذلك لان يد المملوك لا للتجار لان

لان الذي مناسب للملك فاذا اخبر بخلافه فلا بأس بشرائه
وان خبر الواحد مقبول في المعاملات وهذا اخبار في غير موضع
المنازعة فيقبل وان لم يكن ثقة عملا بما له الرأي فان كان اكبر رأيه
انه صادق صدقه وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يتعرض لشيء من
ذلك وان كان لا رأي له فيه لم يتعرض لشيء منه لوجود المانع
للملك وهو اليد وهو معنى قوله لقيام الحاجر وهو اليد المهملة لانه
حاجر عن التصرف اي مانع عنه فما لم يوجد دليل لا يعمل بمجرد
اليد قال في الكافي وكذلك الغلام الذي لم يبلغ حرا كان او مملوكا
فيما يخبر انه اذن له فيه او ان فلانا بعث معه اليه هدية
او صدقة فان كان اكبر رأيه انه كاذب لم ينبغ له ان يقبل منه شيئا
وذلك لان اكبر الرأي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين وكذا
ذكر قبل هذا عند قوله وفيما بعض الصلاة وبعدها في فصل
الاكل والشرب قال محمد رحمه الله الغلمان يريد اشتراء ما يهديه
واخبرتها انها صدقته لعدم بها علما مما حين ذلك ذكر رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال هي لها صدقة ولنا هدية فهذا دليل على
قبول الواحد في دعواه تلقي الكذب جهته قال شمس الائمة الرحمي
في شرح الكافي وكان رحمهما الله الامام لقول يعني شمس الائمة الحلواني
الصبي اذا اتى بقالا بفلوس ليشتري منه واخبره ان امه امرته
بذلك فان طلب الصابون ونحوه فلا بأس ببيعه منه وان طلب الزبيب
وما يأكله الصبيان عادة لا ينبغي ان يبيعه منه لان الظاهر
انه كاذب فيما يقوله وقد عثر على فلوس امه فاراد ان يشتري بها
حاجة لنفسه وما ذكره في العيون ولو ان صبيا جاء الى الفامي بخبز
او فلوس او غير ذلك فاراد ان يطلب منه شيئا للمطبخ به في البيت مثل
الملح او الفلفل ونحو ذلك فلا بأس بان يبيعه منه ولو اراد ان
يشتري منه جوزا او فستقا مثل ما يشتري الصبيان فالافضل
ان لا يبيع منه حتى يسأل هل اذن له ابوه بذلك ام لا **قوله** ولو ان
امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا
او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه
كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس
ان تعتد ثم تتزوج وهذه المسألة مع ما بعدها الى قوله وان باع
المسلم خمرا سيأتي بكمالها في الاستحسان ذكرها تفريعا على مسألة الخادم
الصغير

هذا في الاخبار اما الشهادة فلا تصح وان كان الشاهد نفس
لانه قضاء على الغائب الا ترى الى ما ذكر الاسبيجابي في الفصل الرابع
من فصوله اذا شهد شاهدان على الطلاق والزوج غائب لا تقبل
لعدم المنازعة على الخصم ولو كان الزوج حاضرا تقبل وان لم يوجد
دعوى المرأة لتعلق حق الله وهذا في النكاح عند العاصي ما اذا
قالوا لامرأة الغائب ان زوجك طلقك او اخبرها بذلك واحد ان
ما اذا انقضت عدتها حل لها ان تتزوج بزوج آخر كذا في الفصول وجملة
الكلام هنا ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فاخبره مخبر
انها قد ارتدت عن الاسلام فان كان المخبر عدلا ثقة حل له ان
يتزوج باختها واربع سواها لانه اخبر في موضع انقطاع المنازعة
عن امر متصور ان يكون وعدم الصدق في خبره مخالة بناء
الحكم عليه واما اذا غلب على ظنه انه كاذب لا يعمل بخبره لان الكذب
واجب الرد وكذلك ان كان من صغيرة فاخبرت انها ارضعت
امه او اخته لانه خبر في باب الديانة فيعمل فيه خبر الواحد
ولو قال تزوجتها يوم تزوجتها وهي مرتدة او معتدة او بعدما
ارضعت من قبل لم يسعه ان يتزوج باختها او اربع سواها
وان كان المخبر عدلا لان هذا خبر في موضع المنازعة لان الظاهر
من حال العاقد انه يدعي صحة عقده وهذا يدعي فساده فلا يقبل
الا اذا شهد عنده شاهدان عدلان على ذلك فحينئذ تقبل ويحل له
ان يتزوج اختها واربعا سواها ولا يقبل اخباره في فساد اصل
النكاح اخباره عن امر حدث بعده الا ترى ان امرأة لو غاب عنها
زوجها فاخبرها مخبر انه قد طلقها فلا بأس ان تعتد وهي ثقة
او لم يكن ثقة لكن اتاها بكتاب زوجها وكان اكبر رأيها انه
كتاب زوجها فلا بأس ان تعتد وتتزوج وكذلك اذا قالت المرأة
لرجل قد طلقني زوجي وانقضت عدتي حل له ان يتزوجها اذا غلب على ظنه
صدقها وكذلك المطلقة ثلاثا اذا اخبرت انها استحلت بزوج ثاني
وطلقها وانقضت عدتها حل للزوج الاول ان يتزوجها لانها اخبرت
عن امر لا منازع لها فيه فيقبل خبرها ولو اتاها رجل فاخبرها
ان اصل نكاحها كان فاسدا وان زوجها كان اخاها من الرضاعة
او مرتدا لم يسعها ان تتزوج بزوج آخر وان غلب على ظنها صدقه

لانه

ثامنة
وثلاثون

لانه اخبر في موضع المنازعة لان الزوج يدعي صحة العقد
فلا يكون مقبولا وكذلك جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في
يدي رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل فقالت ان سيدي
قد اعتقني حل له ان يتزوجها ولو قالت انا حرة الاصل لم يحل له
ذلك لما بينا ان الخبر الاول في غير موضع المنازعة والثاني في موضع
المنازعة فلا يقبل وكذلك لو زوجت نفسها من رجل ثم اتت
غيره فاخبرته ان نكاحها كان فاسدا لم يحل له ان يتزوجها ولو
ادعت انه طلقها حل لمن سمع مقالتها ان يتزوج بها لهذا المعنى
وكذلك لو قالت انه ارتد عن الاسلام بعدما تزوجني او بعد
النكاح انه كان مرتدا حين تزوجني لانها ادعت امرا عارضا
في غير محل المنازعة فيقبل وذكر في السير الكبير مسلم دخل دار
الحرب للتجارة فشهد عند امرأته رجل مسلم انه ارتد وصار حربيا
لم يحل لها ان تتزوج بزوج آخر فكان المسألة فيما بان نفي في كلمة
الردة بخلاف ما اذا اخبرها انه طلقها وجه هذه الرواية ان
الاخبار عن الردة بخلاف العادة فلا يقبل بخلاف الطلاق لان العادة
لا تنكره فيه فافترقا كذا في شرح الكافي قوله وعلى هذا الحرف
يدور الفرق اي بين قبول قول الواحد وعدم قبوله فيما اذا كان
الاخبار في غير موضع المنازعة يقبل قول الواحد واذا كان في
موضع المنازعة لا يقبل قوله بخلاف ما تقدم اشارة الى انها
لو قالت كنت امة لفلان فاعتقني حيث يقبل قولها قوله
فان اذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب
الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به اي
في الجامع الصغير وذلك لان المسلم لا يجوز بيعه الخمر لما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها فاذا
لم يجز البيع كان الثمن باقيا على ملك المشتري فكان حراما على الطالب
اخذه لانه لم يملكه البايع بخلاف ما اذا كان البايع نصرانيا
حيث يحل للطالب اخذ الثمن منه لانه ملك ثمن الخمر ببيعها لان الخمر لهم
كالعصير لنا لانه رخص لهم في البيع بالاثر الذي روي عن
عمر انه قال ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال الحلواني
في مبسوطه رجل مات وكسبه من بيع الباذق او جحد الوديعة
او اخذ ذلك كان الاولى بورثته ان يردوه على اربابه ان عرفوا لانه يمكن فيه نوع
خبث

وإن لم يعرفوا أربابها تصدقوا بها لأن سبيل كسب الخبيث التصدق
متى تعذر الرد وكذا الجواب فيما إذا أخذ رشوة أو ظلما وإن تورع الوارث
كان أولى وأما أخذ المغني والنائحة والقوال فحلال بمنزلة
آثر لأن صاحبه أعطى بالرضا من غير عقد وفي الأشباه والنظائر
إن كان غالب مال المهدي والمضيف من الحرام ينبغي أن لا يقبل
ما لم يخبره أن ذلك المال حلال ورثه أو كان غالب ماله حلالا فلا بأس
بقبوله حتى يتبين عنده أنه حرام رجل مات وابنه يعلم أن كان
كسبه من حيث لا يحل لكن لا يعلم ذلك بعينه ليرد عليه فالميراث حلال
له في الحكم لوجود الملك والتصرف إن لم يعلم بعينه فمن ورثه
حسنا والأولى أن يتصدق لما علمنا أن تورع وتحرى
لكن يتصدق بنية خصماء أبيه رجل جمع المال من غير طريقه
هل يباح له ذلك إن كان أخذ المال من غير شرط يباح له لأنه أعطاه
عن طوع والمسألة تقدمت كذا ذكره أبو الليث في قوله قال ويكره
الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر
الاحتكار بأهله أي قال القدوري في مختصره والاحتكار حبس
الشيء عن البيع بانتظار الغلاء فما هو مشتق من الحصر ويكره إذا أضر
بأهله والأصل في كراهة الاحتكار ما روي في السنن مسندا إلى
معمر بن عبد الله العدوي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحتكر
إلا خاطئ وروى الكرخي في مختصره بإسناده إلى كثير بن مرة عن ابن عمر
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من
الله عز وجل وبرئ الله منه وأيما أهل عرصة هلك فيهم امرؤ
جائعا فقد برئت منهم ذمة الله وروى الكرخي أيضا بإسناده
إلى القاسم بن أبي عبد الرحمن عن أبي أمامة قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام وقال الفقيه أبو الليث في كتاب
تنبيه الغافلين روي عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون قال الفقيه وإنما أراد بالجالب
الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه إلى بلده فيبيعه فهو مرزوق لأن
الناس ينتفعون به فيناله بركة دعاء المسلمين والمحتكر يشتري الطعام
للمنع ويضر بالناس ولا يرى ذلك نصيحة على المسلمين فلم يجز
ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان
وإنما يكره الاحتكار في بلد صغير يضر الاحتكار بأهله فأما

إذا

فأما إذا كان البلد كبيرا لا يضر هذا الفعل بأهله فلا يمنع منه
لأنه حبس ملك نفسه على وجه لم يلحق ضرره بغيره وكذلك قال
أبو حنيفة في تلقي الجلب إذا كان في بلد لا يضر بأهله فلا بأس
قوله قالوا هذا إذا لم يلتبس المتلقي على التجار سعر البلد
أي قال المشايخ إن هذا الجواب وهو الكراهة فيما إذا أضر بأهل
البلدة وعدم الكراهة فيما إذا لم يضرهم فيما إذا لم يلبس
المتلقي فأما إذا لبس السعر على التجار فإنه يكره سواء
أضر بأهل البلدة أو لم يضر وهو معنى قوله في الوجهين أي في
صورة الإضرار وعدم الإضرار قوله وتخصيص الاحتكار
بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة وقال
أبو يوسف كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهبا
أو فضة أو ثوبا وعن محمد أنه لا احتكار في الثياب قال الكرخي
في مختصره قال ابن سماعة عن أبي يوسف الاحتكار في كل ما يضر
بالعامة احتكار قال وإن احتكر أربعين عنده أكثر السنة
فإن حبسه عنده شهرا أو نحو ذلك فإنه على تقدير ما يحبس وقال هشام
عن محمد الحكرة في الحنطة والشعير والتمر الذي هو قوت الناس
والقت الذي هو قوت البهائم وليس في الثياب حكرة ولا في الأرز
ولا في العسل ولا في السمن ولا في الزيت حكرة وقال أبو يوسف في الزيت
حكرة إلى هنا لفظ الكرخي وجه قول أبي يوسف عموم النهي عن الحكرة
فلا فصل ولأن الضرر يلحق بحكرة هذه الأشياء كالحنطة ولمحمد
أن الأدهان والعسل ليس بها قوام للأبدان فلا يضر عدمها
كما سواها وهذا لأن الحاجة اللازمة الدائمة في الأقوات دون
غيرها فلا يكره حبس غير الأقوات وقال بعضهم ثم قول
محمد تفسير لما أبهم أبو يوسف بلا خلاف وقال بعضهم عند أبي يوسف
يثبت الاحتكار في الثياب وغيرها إذا أضر بالعامة لأنه
يعتبر وجود الضرر وإن لم يكن مجهودا ومحمد يعتبر الأمر العام
الغالب وذكر ما يكون كما هو مطلب قال القدوري في شرح
مختصر الكرخي وأما قول محمد إنه ليس للأرز ليس باحتكار فهو محمول
على البلاد التي لا يتقوتون به وأما في الموضع الذي هو قوتهم
مثل طبرستان فهو احتكار وأما الشاة فلا يعتبر حبسها
وكذا الحبوب لا يعقلها ونحو الحيوان ما كان يعامله من المأكول

قوله ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوما أي مدة الاحتكار التي
يمنع منها بأربعين يوما لما جاء في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله عز وجل
وبرئ الله منه أي خذله الله وقال بعضهم ما نحن فيه مقدرة
بشهر ولم يجعل التقدير بالأربعين في الحديث لازما لأن المعنى
في المنع عن الاحتكار وهو الضرر والضرر يلحق بكثير المدة دون
قليلها وما دون الشهر قليل ولهذا يتعلق الصوم بالحنث بكذا
علا ما حد دونه وكذا إذا حلف الوكيل أو الوكل حنوبا مطلقا
بطلت الوكالة وحده شهر عند أبي يوسف ولو قال لأقضين دينه
إلى قريب فهو على ما دون الشهر لأن الشهر وما زاد عليه بعيد
ولهذا كان الشهر أدنى الأجل في السلم وما دونه في حكم الحال وقد
روينا قبل هذا عن مختصر الكرخي عن أبي يوسف أنه قدر مدة
الاحتكار بأكثر السنة وذلك لأن الحبس ممنوع منه لأنه
من أجل الضرر فيعتبر المدة التي يلحق فيها الضرر بالعامة
وهو أكثر السنة قوله ولم يقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص
العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله تعالى أن إثم من
تربص القحط أعظم من إثم من تربص عزة الطعام وهي الغلا
قوله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا يعني أن تقدير
مدة الاحتكار للمعاقبة في الدنيا حتى يعزر الإمام المحتكر
ويتهدده أما الإثم يحصل وإن قلت مدة الاحتكار قوله
قال ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر
أي قال القدوري في مختصره والكلام هاهنا على وجوه أحدها
في تفسير الاحتكار والثاني فيما يقع فيه الاحتكار والثالث في كيفية
الاحتكار والرابع في بيان مدته والخامس في بيان التسعير
وأما ذكر ما يتعلق به أما الأول فبيانه أن الاحتكار هو الجمع
والحبس يقال احتكر الطعام ونحوه أي جمعه ثم يتربص به الغلاء
كذا في ديوان الأدب وقال في مجمل اللغة الحكرة حبس الطعام
إرادة غلائه وهو الحكر والحكر أيضا وفي اصطلاح أهل الشرع
حبس أقوات الناس والبهائم عن البيع ينتظر الغلاء شهرا فما
زاد فيما اشتراه من المصر فيتضرر الناس وأما الثاني فهل
يختص الاحتكار بالأقوات أم لا وفيه خلاف سنبينه وأما الثالث

فبيانه

فبيانه أنه على ثلاثة أوجه ذكرها الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير
في وجه لا بأس به وفي وجه مكروه وفي وجه اختلفوا فيه أما
الذي هو مكروه فهو أن يشتري طعاما في مصره ويمتنع من بيعه
وفي ذلك ضرر بالناس فإنه مكروه وروي عن محمد بن الحسن
أنه قال أجبره على البيع فإن امتنع عزرته كما عزرته ولا أسعره
وأقول له بعه كما يبيع الناس وأما الذي لا بأس به فهو أنه إذا
كان له طعام دخل من ضيعته أو حمله من مصر آخر أو اشترى
من مصر ولا يضر ذلك بالناس فعلم من هذا أن ما ذكره صاحب
الهداية بقوله فيما مر المذكور قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يكره يعني
فيما جلبه من بلد آخر فيه نظر لأن الفقيه أورده في القسم المتفق
عليه وقال القدوري أيضا في التقريب روى هشام عن أبي يوسف
عن أبي حنيفة فيمن جلب طعاما ثم احتكره لم يكن حكرة وإنما
الحكرة أن يشتري في المصر وقال أبو يوسف إن جلبه من نصف ميل
فليس بحكرة وإن اشتراه من رستاق واحتكره حيث اشتراه فهو حكرة
فعلم من هذا أيضا أن ما جلبه من مصر آخر ليس بحكرة عند
أبي يوسف أيضا لأنه إنما أثبت الحكرة فيما جلبه من نصف ميل
بأن يقصر فيما جلبه من مصر آخر نص على هذا الكرخي في مختصره وقال
قال أبو يوسف إن جلبه من نصف ميل فليس بحكرة وأما الوجه الذي
اختلفوا فيه فهو أنه إذا اشتراه من الرستاق وحبسه
في المصر قال الفقيه وروي عن أبي حنيفة أنه قال لا بأس به
وفي قول محمد هو محتكر لأن أهل المصر ينتفعون بالرستاق فصار فناء المصر
حكمها حكم المصر قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ ولأبي حنيفة
أن حق أهل المصر والعامة إنما يجب فيما جمع في المصر فأما
في غير ذلك فلا فصار بمنزلة شرائه من مصر آخر فلا يكره يعني
أن الذي يتعلق بالمصر فلا يكره وأما لم يكره الفعل من احتكر غلة أرضه
لأن ذلك خالص حقه لا حق لأحد فيه فلما كان خالص حقه لم يكن
في الحبس إبطال حق العامة وكذا إذا جلبه من مصر آخر أو اشترى
من مصره ولكن لم يضر بالناس احتكاره حيث لا يكره لأن في الأول
لم يوجد تعلق حق العامة وفي الثاني لم يوجد الضرر كما ذكر وكذا
من التجارات فلم يمنع منه وأما المكروه فإذا اشتراه من مصره
محبسه عنهم وفي ذلك ضرر بهم لأن حق العامة تعلق به فحرم حبسه عنهم

واما الرابع من الوجوه الستة فقد مر بيانه قبل هذا واما الخامس وهو
التسعير فان الامام لا يسعر وهو العقوبة اذا رفع الى القاضي صح بيانه بعد
قوله ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس اي قال القدوري في
مختصره وعند مالك يجب التسعير على الوالي دفعا للضرر عن العامة
ولنا ما روى صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة ان رجلا جاء فقال يا رسول الله
سعر فقال لا ادعو الله ثم جاءه آخر فقال يا رسول الله سعر لنا فقال
بل الله يخفض ويرفع واني لارجو ان القى الله عز وجل وليس لاحد عندي
مظلمة وحدث صاحب السنن ايضا باسناده الى انس قال قال الناس
يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق واني لارجو ان القى الله عز وجل
وليس احد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال وقال ابو يوسف في كتاب
الخراج حدثني محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن
رجل حدثه ان السعر غلا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس
يا رسول الله ان السعر قد غلا فوظف وظيفة نقوم عليها فقال
ان الرخص والغلاء بيد الله عز وجل ليس لنا ان نجوز امر الله تعالى وقضاءه
ولان الثمن حق البائع واليه تقديره الا ان يتعدى المتعدى تعديا
فاحشا فيبيع ما ... يحسن منعه دفعا للضرر
عن المسلمين واما المتعارف فلا باس به قوله واذا رفع الى القاضي
هذا الامر امر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته قال شيخ الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير القاضي اذا رفع اليه هذا الامر
امر المحتكر بان يبيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة
ونهاه عن الاحتكار وزجره عنه وان رفع اليه
مرة اخرى وهو على عادته فعل وعظه وهدده وان رفع اليه
مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى حتى يمتنع من شر فعله فان كان
ارباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون عن القيمة تعديا
فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير
فلا باس به بمشورة اهل الرأي والنظر فاذا فعل ذلك فتعدى
رجل عن ذلك فباع بثمن فوق ذلك اجازه القاضي وهذا في
قول ابي حنيفة لا يشكل لانه لا يرى الحجر على الحر وكذلك عندهما الا
ان يكون الحجر على قوم باعيانهم الى هنا لفظ شيخ الاسلام وذلك
لانه اذا لم يكن على قوم باعيانهم لا يكون ذلك حجرا بل يكون فتوى وهو

قال

قال ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وقال الكرخي
في مختصره وقال محمد اجبر المحتكر على بيع ما احتكره واعزره ولا
اسعر عليه واقول له بع كما يبيع الناس وبزيادة مما يتغابن
الناس بينهم ولا اتركه يبيع القفيز بمائة وهو يباع بالرخيص
الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه قوله اجبر يحتمل ان
يكون على قولهما على اصلهما في جواز الحجر على الحر واما على قول ابي حنيفة
فان لا يجبر على البيع لان الحجر على الحر لا يجوز قوله وهل
يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على
الاختلاف الذي عرف في بيع المديون ... اختلاف المشايخ
قال بعضهم لا يبيع على مذهب ابي حنيفة ويبيع على مذهبهما كما
في بيع مال المديون المفلس ... عن البيع وقيل يبيع بالاتفاق
واليه ذهب القدوري في شرحه قال وقد قال اصحابنا اذا خاف
الامام على اهل المصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه
عليهم فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا حجرا وانما هو للضرورة
ومن اضطر الى مال غيره وكان يخاف الهلاك جاز له اخذه بغير رضاه
قوله قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة اي قال القدوري في
مختصره وذلك لان فيه اعانة على العدوان وقد نهينا عنه قال الله تعالى
ولا تعاونوا على الاثم والعدوان والكراهة فيما اذا عرف ان المشتري
من اهل الفتنة وان لم يعرف انه منهم فلا باس ببيعه منهم لان
امور المسلمين محمولة على الصلاح ولا يكره بيع شيء
لا يصير سلاحا الا بفعل اخر كالحديد لانه ... سلاحا
باعتبار غيره لا يكون ... ومثله مرت في اخر كتاب السير
قوله ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان المعصية لا تحصل بعين العصير وانما تحصل
بعد استحالته الى الخمر فلا يشبه ذلك بيع السلاح من اهل الفتنة
لان المعصية تقع بعين السلاح فجاز ان يبيع العصير ممن يتخذه
خمرا ويبيع الحديد من اهل الفتنة فكلاهما لا يكره ويكره بيع السلاح
من اهل الفتنة ويبيع الخمر لان المعصية تقع بعين المبيع ولكن بيع الخمر
لا يكون اصلا لانها ليست متقومة في حق المسلم وبيع السلاح منهم يجوز
ويكره لان السلاح مال متقوم والكراهة للمعصية المجاورة
وقال ابو الليث في فتاواه رجل له عبد امرد وان كان يبيعه من فاسق

نعلم أنه يعصي الله تعالى فلا يكره هذا البيع لأنه إعانة على المعصية
قوله قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة
أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به أي قال في الجامع الصغير
وصورتها في أصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة
قال لا بأس بأن يؤاجر الرجل بيته ممن يتخذه بيت نار أو كنيسة أو بيعة
أو يباع فيه الخمر بالسواد كذا في شروح الجامع الصغير وهذا
قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ينبغي أن يكريه لشيء من هذا
لأنه إعانة على المعصية ولأبي حنيفة أنه تصرف في ملكه
بنفسه وهو العقد على منفعة البيت ولا معصية فيه
إنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فلا يوجب كراهة الإجارة ألا
ترى أن المستأجر لو تمكن من السكنى ولم يفعل شيئا وجب الأجر
وقال فخر الدين قاضي خان في شرحه أصل هذا إذا باع العصير ممن
يتخذه خمرا عند أبي حنيفة يجوز ولا يكره وعندهما يكره قالوا هذا في
السواد لا في المصر لأن أهل الذمة يمنعون عن إحداث البيع
والكنائس وبيع الخمر في الأمصار ولا يمنعون عن ذلك في السواد
لإقامة شعائر الإسلام من الجمع والجماعات والأعياد وإقامة الحدود
وغير ذلك فخص بالأمصار منع إحداث البيع والكنائس وشرب الخمور استخفافا
بالمسلمين بخلاف السواد وقالوا أيضا هذا في سواد الكوفة لأن الغالب
أهل الذمة [illegible] فأما في سوادنا فيمنعون عن إحداث ذلك لأن
الغالبة في سوادنا أهل الإسلام فيمنعون عن ذلك في السواد كما في الأمصار
حنيفة **قوله** وهو الأصح وهو اختيار شمس الأئمة [illegible]
[illegible] وعند الفضلي لا يمنعون عن ذلك في السواد ويمنعون
في القرى أيضا في كتاب السير **قوله** قال ومن حمل لذمي خمرا يطيب
له الأجر عند أبي حنيفة أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة أنه قال أخذ الأجر على حمل خمر الذمي يطيب
له وهو جائز وقال أبو يوسف ومحمد هو مكروه قال فخر الإسلام قول
أبي حنيفة قياس وقولهما استحسان لهما أنه إعانة على المعصية
فيكره لقوله تعالى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان وروى صاحب السنن
بإسناده إلى ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله
الخمر وشاربها وساقيها ومبتاعها وبائعها وعاصرها ومعتصرها
وحاملها والمحمولة إليه وأما لعن الحامل فلأنه إعانة على المعصية

بخلاف

بخلاف حمل النجاسة فإنه لا يكره لأنه يحمل للرمي لا للفساد وفيه تنزيه
المسلمين وبعد نفسه عن النجاسة من غير معصية ولأبي حنيفة أن
المعصية ليس من لوازم الحمل لأنه قد يكون للتخليل وقد يكون لغيره
وإنما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار لا من نفس الحمل فلا يوجب كراهة
الحمل ولا الأجر كما لو استأجر لحمل الميتة أو النجاسة أو [illegible]
والحديث محمول على الحمل المقصود للمعصية وهو شرب الخمر ولهذا كلام
لما فيه ما ذكر فلا يكره **قوله** قال ولا بأس ببيع بناء بيوت
١٧ مكة ويكره بيع أرضها أي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن أبي حنيفة قال لا أرى بأسا ببيع بناء بيوت مكة وأكره
بيع الأرض إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهذه رواية الجامع
الصغير وروى الحسن عن أبي حنيفة أن بيع دور مكة جائز [illegible]
كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال في كتاب [illegible] عن
أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه كره إجارة بيوت مكة في الموسم ورخص
في غير الموسم وكذلك قال أبو يوسف وقال هشام أخبرني محمد عن
أبي حنيفة أنه كان يكره كراء بيوت مكة ويقول لهم أن ينزلوا عليهم في دورهم
إذا كان فيها فضل وإن لم يكن فلا وهو قول محمد إلى هنا لفظ الكرخي
وقال الطحاوي في مختصره وكره أبو حنيفة بيع أرض مكة وهو قول محمد
ورواه محمد عن أبي يوسف أيضا وروى غيره عن أبي يوسف أنه لا
بأس به قال أبو جعفر وهذا أجود وقال الطحاوي وبه نأخذ يعني قول أبي يوسف
في جواز بيع الأرض في شرح الآثار [illegible] في مختصره
ومحمد أخذ في كتاب الآثار بقول أبي حنيفة بأنه لا يجوز بيعها [illegible]
إلى أن بيع بناء بيوت مكة جائز اتفاقا لأن بناءها ملك الذي بناها
ألا ترى أن من بنى في أرض الوقف جاز بيع البناء ملكا فهذا
وأما بيع أراضي مكة فلا يجوز عند أبي حنيفة وهو الظاهر عنه
وهو قول محمد وعند أبي يوسف يجوز وقال القدوري في شرحه وقال
[illegible] بيع أراضي مكة جائز [illegible] الجواز وهو قول أبي يوسف
ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال
يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة قال وهل ترك لنا عقيل من رباع
أو دور وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي
لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين فكان عمر بن الخطاب
من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر فمعنى هذا الحديث أن أرض مكة
تملك

ولا تورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل من ابي طالب لما تركه ابو طالب فيها
جمع من رباع او دور والرباع جمع ربع وهو دار الاقامة كذا في الفائق
ووجه عدم جواز بيع ارض مكة واجارتها وهو قول ابي حنيفة وسفيان
ومجاهد كذا في شرح الآثار وروى الطحاوي في شرح الآثار باسناده
الى مجاهد عن عبد الله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل بيع بيوت مكة
ولا اجارتها وروى الطحاوي ايضا باسناده الى علقمة بن نضلة
قال توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم ورباع مكة
تدعى السوائب من احتاج سكن ومن استغنى اسكن وروى باسناده
الى علقمة بن نضلة ايضا قال كانت الدور على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان لا تباع ولا تكرى ولا تدعى الا السوائب
من احتاج سكن ومن استغنى اسكن ثم احتج الطحاوي لقول ابي يوسف من
طريق النظر وقال راينا المسجد الحرام الذي كان الناس فيه سواء
لا يجوز لاحد ان يبني فيه بناء ولا يحتجز منه موضعا وكذلك حكم
جميع المواضع التي لا يقع لاحد فيها ملك وجميع الناس فيها
سواء الا ترى ان عرفات لو اراد رجل ان يبني في المكان الذي يقف فيه
الناس بناء لم يكن له ذلك وكذلك منى لو اراد ان يبني فيها دارا كان
من ذلك ممنوعا وكذلك جاء الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وحدث باسناده الى عائشة قالت قلنا يا رسول الله الا نتخذ لك بمنى بناء
تستظل فيه فقال يا عائشة انها مناخ لمن سبق فهذا حكم المواضع
التي الناس فيها سواء ولا ملك لاحد عليها ورايناه مكة على غير ذلك
فقد اجيز البناء فيها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم دخلها
من دخل دار ابي سفيان فهو آمن ومن اغلق عليه بابه فهو آمن
فلما كانت مما يغلق عليها الابواب ويبنى فيها المنازل كانت صفتها
صفة المواضع التي تجري فيها الاملاك ويقع فيها المواريث
ولا يكون احتجاج المخالف بقوله تعالى ان الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله
والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد لان
المراد منه المسجد الحرام لا جميع اراضي مكة واما كراهة الاجارة
فلما روى محمد في الآثار عن ابي حنيفة عن عبيد الله بن ابي زياد عن ابن ابي نجيح
عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اكل من اجور بيوت مكة
شيئا فانما ياكل نارا واما الذي روي انه كره اجارتها لاهل الموسم
وكره كراءها للمقيم فلان اهل الموسم لهم ضرورة الى النزول والمقيم لا ضرورة
له الى النزول

قوله

قوله ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك
ذكر هذه المسألة تفريعا على اصل وذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال كل قرض جر منفعة فهو ربا كذا ذكره الصدر الشهيد في شرحه
وهذا في هذه المسألة لانه اذا كان الدرهم في يده فهلك يستقرض من
البقال حتى ياخذ منه من حاجته ان شاء كانوا يكرهونه لانه يصير
شيئا بذلك الدراهم حالا فحالا ونفسه نفع للمقرض لا محالة وهو
سهولة الخلاص عن الشيء بان يودع الدرهم عنده ليتناول ويأخذ
منه بعد ذلك ما شاء شيئا فشيئا فاذا هلك الدرهم عند البقال
لا ضمان عليه لانه امانة لم يوجد فيها التعدي قال الكرخي في مختصره
وكان يقال ان كل قرض جر منفعة لا يجوز مثل ان يقرض دراهم
غلة على ان يعطيه صحاحا او يقرض قرضا على ان يبيع به شيئا
لانه روي ان كل قرض جر منفعة فهو ربا وتأويل هذا عندنا
ان تكون المنفعة موجبة بعقد القرض مشروطة فيه وان كان غير
مشروطة فاستقرض غلة فقضاه صحاحا من غير ان يشترط جاز
وكذلك لو باعه شيئا ولم يكن شرط البيع في اصل القرض جاز وذلك
ولم يكن به باس الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وذلك لان
القرض تمليك الشيء بمثله فاذا جر نفعا صار كانه استزاد فلهذا
فلا يجوز بطلان القرض بشرط وجر المنفعة يخرجه عن موضوعه
وانما يكره اذا كانت المنفعة مشروطة في العقد واذا لم يكن
مشروطة فلا باس به لانه اذا لم يكن مشروطة فيه يكون المقرض متبرعا
بها فصار كالرجحان الذي دفعه صلى الله عليه وسلم في بدل القرض وقد
روي عن ابن عمر انه كان يستقرض فاذا خرج عطاؤه اعطاه اجود
مما اخذ قال القدوري في شرحه والذي حكي عن ابي حنيفة انه اقرض
رجلا مالا فرهنه فجلس في ظل حائطه وقعد في الشمس
حتى خرج اليه فلا اصل له وابو حنيفة اتقى من ذلك لان الوقوف
تحت الحائط ليس بمنفعة تملك ولا اوجبها القرض وذكر ولو منع من
ليمنع من الجلوس في سراجه لانه انتفاع به وهذا الاشتهر
مسائل متفرقة قال ويكره التعشير والنقط في المصحف
اي قال في الجامع الصغير والتعشير جعل العواشر في
المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات وذكر ما
روى ابو عبيد باسناده الى عبد الله بن مسعود قال جردوا القرآن

ليربو فيه صغيركم ولا تنأى عنه كبيركم فإن الشيطان يخرج
من البيت تقرأ فيه سورة البقرة وقال أبو عبيد تأوله الناس
في نقط قوله جردوا القرآن فكان إبراهيم يذهب إلى نقط المصاحف
وكان يكره نقط المصاحف ويقول جردوا القرآن ولا تخلطوا به
غيره وإنما نرى إبراهيم كره هذا مخافة أن ينشأ نشوء يدركون
المصاحف منقوطة فيرون أن النقط من القرآن فلهذا كره
من كره النقط والفواتح والعواشر وقال أبو عبيد حدثنا أبو بكر بن عياش
عن أبي حصين عن يحيى بن وثاب عن مسروق عن عبد الله أنه كره
التعشير في المصاحف وقيل إن رجلاً قرأ عنده فقال أستعيذ
بالله من الشيطان الرجيم فقال عبد الله جردوا القرآن ويذهب
لكي ينشأ الناس إلى أن ينقل القرآن وحده ويتركوا الأحاديث قال
أبو عبيد وهذا باطل فليس له عندي وجه وكيف يكون عبد الله
أراد هذا وهو يحدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بأحاديث
كثيرة ولكنه عندي ما ذهب إليه إبراهيم وما ذهب إليه عبد الله
وفيه وجه آخر عندي من أبين هذه الوجوه أنه حثهم على أن
لا يتعلموا شيئاً من كتب الله إلا ما خلا القرآن من كتاب الله أي عشرة و
لو حدث عن اليهود والنصارى وليبدأ عامو سعلينا وذلك
بين في حديث حدثناه محمد بن عبيد عن هارون بن عنترة عن
عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه قال أصبنا أنا وعلقمة صحيفة فانطلقنا
إلى عبد الله فقلنا هذه صحيفة فيها حديث حسن قال فجعل
عبد الله يمحوها بيده ويقول نحن نقص عليك أحسن القصص
فقال إن هذه القلوب أوعية فاشغلوها بالقرآن ولا تشغلوها
بغيره وكذلك حديثه الآخر لا تسألوا أهل الكتاب عن شيء فإنهم لن
يحدثوكم فتكذبوا أو بباطل فتصدقوا به كيف يهدونكم و
قد ضلوا أنفسهم وفيه حديث النبي صلى الله عليه وسلم حين أتاه عمر بصحيفة
أخذها من بعض أهل الكتاب فغضب وقال أمتهوكون فيها
يا ابن الخطاب وكذا أكره عن الحديث وفيه في النقط لو يقول حصنوا
القرآن بأن ينشأ على نقطه صغاركم وبأن لا ينشأ عن غير بلاده
ويدبره كما ذكر فإن الشيطان لا يقرب مكان تقرأ فيه وإنما
كره أبو حنيفة التعشير والنقط لأحد الوجوه التي ذهب
إليه إبراهيم إلى حديث ابن مسعود ولأن التعشير أمر غير مفيد

لا العصير

إلا العصير في حفظ الآيات ويعجز عنها وكذلك النقط يشكل
الاجتهاد في حفظ القرآن ويقصر فيه أعني داعياً إلى الكسل قال فخر الإسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير ما أرشدنا هذا في زمانهم لأهل
بلدانهم فأما في زماننا لأهل بلداننا فالنقط حسن وهو
لا بد منه لأنه ليس في وسع العجم معرفته إلا بإعراب حروفه ولأن
على ذلك يؤدي تركه إلى هجران القرآن والإعراض عن حفظه
وإلى تكليف العجم معرفة ما ليس في وسعهم فلذلك صار حسناً
وبهذا تبين أن الحكم يتغير بتغير الزمان فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن
وكفى بالعجز عذراً وقال في شرح الطحاوي لأبي بكر الرازي في كتاب
الكراهية وكان الشيخ أبو الحسن يقول لا أكره أن يكتب من تراجم
السور وعدد آيها ما جرت به العادة لأن في ذلك إبانة عن معنى السورة
وهو بمنزلة كتابة التسمية في أوائلها للفصل **قوله** وقد ذكرناه
أي فتيلها بصلوة الوتر **قوله** قال ولا بأس بأن يدخل أهل
الذمة المسجد الحرام أي قال في الجامع الصغير فعندنا يجوز دخولهم
في كل مسجد وعند مالك لا يجوز دخولهم في مسجد ما وعند الشافعي
يجوز دخولهم في سائر المساجد ولا يجوز في المسجد الحرام لقوله تعالى يا أيها
الذين آمنوا إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد
عامهم هذا والنجس مصدر ومعناه ذوو نجس فلا يحجوا
ولا يعتمروا كما كانوا يفعلون في الجاهلية بعد حج عامهم هذا وهو
عام تسع من الهجرة كذا في الكشاف ومذهب الشافعي ظاهر لأن ظاهر
الآية يدل على النهي عن أن يقربوا المسجد الحرام لا غيره والشافعي
أخذ بقول الزهري كذا قال الفقيه أبو الليث وقال مالك إن الكافر
نجس فصار كالجنب ولا يدخل الجنب المسجد بالاتفاق فكذا الكافر
ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن عثمان بن أبي العاص الثقفي أن
وفد ثقيف قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بضرب
خيمة في ناحية المسجد فقال أصحابه يا رسول الله قوم أنجاس
يدخلون المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على الأرض من
أنجاس الناس شيء إنما أنجاسهم على أنفسهم والآية عند أصحابنا
محمولة على أن يمنعوا من تولي المسجد الحرام والقيام بمصالحه
ويعزلوا عن ذلك أو على طوافهم عراة كما كانوا يفعلون كذلك
في الجاهلية فأمر الله تعالى بتنزيه المسجد الحرام عن ذلك لا عن نفس
الدخول

يدل على هذا ما خرجه البخاري في جامعه الصحيح بإسناده إلى حميد بن
عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة أخبره أن أبا بكر بعثه في الحجة التي
أمّره رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع في رهط يؤذن
في الناس ألا لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان
قوله قال ويكره استخدام الخصيان أي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل وقال
أبو جعفر الطحاوي في مختصره ويكره كسب الخصيان وملكهم واستخدامهم
وقال أبو حنيفة لولا استخدام الناس إياهم لما أخصاهم الذين
يخصونهم ولا بأس بإخصاء البهائم ولا بأس بإنزاء الحمير على الخيل
إلى هنا لفظ الطحاوي ونقل الناطفي في الأجناس عن كتاب الحجج
لمحمد بن الحسن على أهل المدينة قال محمد لا بأس باقتناء الخصيان
وأن يدخلوهم على النساء ما لم يبلغوا الحنث وإذا اقتنى الواحد
والكثير سواء ونقل الناطفي في واقعاته عن عمر رضي الله عنه وذكر لأن
في الرغبة في استخدامهم وملكهم حثا على خصائهم وذكر مثله
ويحرم لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الإسلام وإليه ذهب بعض
المفسرين في قوله تعالى فليغيرن خلق الله كذا في الكشاف وغيره
وهو قول عكرمة وقيل تغيير الله التي هي دين الإسلام وهو قول
الحسن وعن ابن مسعود هو الوشم وأما خصاء البهائم إذا كان يراد
صلاحها فهو مباح في قول عامة العلماء وذهب قوم إلى أنه لا يحل
خصاء شيء من الفحول كما روى الطحاوي مسندا في شرح الآثار
إلى ابن عمر أنه نهى أن يخصى الإبل والبقر والغنم والخيل وكان
يقول فيها نماء الخلق فلا تصلح الإناث إلا بالذكور وجه
الإباحة ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين موجوءين
وهما المرضوض خصاهما والمفعول به ذلك منقطع النسل
لا محالة فلو كان ذلك مكروها لما ضحى بهما رسول الله لينتهي الناس عن
ذلك ولا يفعلون لأنهم لما علموا أن ما أخصي يجتنب وينتهى عنه
لم يفعلوه ألا ترى أن الطحاوي ذكر في باب ركوب البغال من شرح
الآثار أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى بعد حفص بالشرية قال أما
بعد لا تعن على الخصاء فجعل الشراء منه إياه عونا على إخصائه لأنه
لولا من يبتاعه لما خصي لم يخصه من خصاه ولا تشبه إخصاء
البهائم إخصاء بني آدم لأن من البهائم من يزاد بذلك سمنها وقطع عضها

تدلك

تدل ذلك مباح وفي بني آدم يراد المعاصي فيكره أي حرام والحواصي
حديث ابن عمر يحمل أنه موقوف عليه ولئن صح فالمراد منه
لا إخصاء حيث لا يبقى شيء من ذكور البهائم فإن ذلك مكروه لانقطاع
النسل وروى الطحاوي بإسناده إلى هشام بن عروة عن أبيه
أنه أخصى بغلا له وروى أيضا بإسناده إلى ابن طاوس عن أبيه
أخصى جملا له وروى أيضا بإسناده إلى عطاء قال لا بأس بإخصاء
الفحل إذا خشي عضاضه وقال الجاحظ في كتاب الخصيان
بعد مذمتهم قال ذي مرتبة وغيره على أهل الحكم رأى
ذكرا ينزع نفسه إلى اتخاذ هو إلا بين تبح جلباب العقل
واستشعر نوبة الغفلة فلا يكن منهم واتق هذه الأمة الملعونة
التي أول أمرها معصية الله حين يخرجون من حد الرجال الأجد
لا هم رجال ولا هم نساء وأما إنزاء الحمير على الخيل فقد كرهه قوم
كذا في شرح الآثار وذلك لما روي في كتاب الجهاد من السنن مسندا
إلى علي بن أبي طالب قال أهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم بغلة
فركبها فقال علي لو حملت الحمير على الخيل لكانت لنا مثل هذه
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما يفعل ذلك الذين لا يعلمون
وجوابه أنه قد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ركب البغلة
فلو كان إنزاء الحمير مكروها لم يركبها رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يمتنع
الناس عن إنزاء الحمير ومعنى قوله يفعل ذلك الذين لا يعلمون أن الخيل قد
جاء في ارتباطها الأجر ولم يرد مثل ذلك في البغال ولو كانت الخيل
تهانت فقلله قال حيث لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكثر فيهم كذا
ذكره الطحاوي في شرح الآثار وفي آخر مختصره أيضا قوله ولا بأس
بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل هذا لفظ القدوري وقد مر بيانه
قال أبو الخصاء يخصيه خصاء بالكسر والمد من باب ضرب إذا
نزع خصيتيه وهو المشهور عند أهل اللغة وقد ورد في الرواية
في كتب محمد والطحاوي بلفظ الإخصاء أيضا من الثقة والثبت
الوثيق قال إنزاه تنزا وبالواو في العتابي لا بأس بكي البهائم
للعلامة لأن فيه منفعة ولا بأس بثقب أذن الطفل من البنات
لأنهم كانوا يفعلون ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير إنكار
وكذا لا بأس بكي الصبيان إذا كان لداء أصابهم لأن ذلك مداواة
وعنه المثل آخر الدواء الكي قوله ولا بأس بعيادة اليهودي

والنصراني اي في الجامع الصغير وهذه من الخواص علم ان عيادة اهل
الذمة لا بأس بها بدلالة الكتاب والسنة ونوع من المعقول اما الكتاب
فقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم
من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين بيانه
ان الله تعالى لم ينهنا عن ان نبرهم فكان لنا ان نجزيها والعيادة
بر ومواصلة فيكون من نوعه بخلاف الحربي فانا نهينا عن بره بالاية
بعد هذه واما السنة فما روى محمد في كتاب الآثار وقال اخبرنا
ابو حنيفة قال حدثنا علقمة بن مرثد عن ابن بريدة الاسلمي عن ابيه
قال كنا جلوسا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذهبوا بنا
نعود جارا لنا هذا اليهودي قال فاتيناه فقال كيف انت يا فلان
ثم قال يا فلان قل اشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله فنظر
الرجل الى ابيه وكان عند راسه فلم يرد عليه شيئا فسكت فقال
يا فلان اشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله فنظر الرجل الى ابيه
فلم يكلمه فسكت ثم قال يا فلان اشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله
فقال له ابوه اشهد له فقال اشهد ان لا اله الا الله وانك رسول الله
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي اعتق بي نسمة من النار
قال محمد وبه ناخذ لا نرى بعيادة اليهودي والنصراني والمجوسي
بأسا الى هنا لفظ كتاب الآثار وكان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
والتابعون كانوا يعودون اليهود والنصارى واما المعقول فلان
فيها الفة وربما يكون هي سببا لاسلام المريض فلم يكن بذلك بأس
ونص محمد في المجوسي على انه لا بأس بعيادته ولكن المشايخ اختلفوا
فيه منهم من قال لا بأس به لانهم من اهل الذمة كاليهود والنصارى
وقال بعضهم لا يعود المجوسي لانهم ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى
الا ترى انه لا تباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى
واختلفوا في عيادة الفاسق ايضا والاصح انه لا بأس به لانه مسلم
والعيادة من حقوق المسلمين كذا قال فخر الدين قاضي خان في شرح
الجامع الصغير قوله قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه
اسألك بمعقد العز من عرشك اي في الجامع الصغير وصورته
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كان يكره ان يقول الرجل
يقول اسألك بمعقد العز من عرشك الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وهذه من الخواص قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير

وللمسئلة

وللمسئلة عبارتان احداهما بمقعد العز من القعود والثانية
من العقد فان كان من القعود فلا يشكل كراهته لانه وصف الله تعالى
ظاهر بالجلوس وهو القعود وهو التمكن على العرش وذلك قول
المجسمة وهو محال باطل وان كان من العقد وهو العزيز فهذا
الدعاء فانه يكره ايضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه
حادث اذا تعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل ولا يزال والعز صفة
لم يزل ولا يزال موصوفا به وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير وقال بعضهم لا بأس به لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه كان يدعو بذلك ويقول اللهم اني اسألك بمعقد العز
من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك
التامة قال الفقيه وبه ناخذ وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف
لا اكره هذا واكره ان يقول بحق فلان وبحق انبيائك ورسلك وبحق البيت
والمشعر الحرام وهذا القول الى هنا لفظ الكرخي وذكر الا ان عادة
المسلمين جرت بذلك في دعائهم بحق فلان ونحوه لانه لا حق لاحد
على الله تعالى قوله قال ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر
وكل لهو اي في الجامع الصغير وهو من الخواص اما النرد فهو حرام
بالاجماع لما روي في اواخر كتاب السنن مسندا الى ابي موسى الاشعري قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله
وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى سليمان بن بريدة عن ابيه عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنردشير فكانما غمس يده في لحم
الخنزير ودمه واما الشطرنج فان قامر به فهو حرام بالاجماع
لان الله تعالى حرم القمار وان لم يقامر به فكذلك عندنا وقال
الشافعي لا بأس لانه يحصل به تذكية الافهام ولنا انه عبث وهو
حرام لقوله تعالى افحسبتم انما خلقناكم عبثا ولانه لهو سوى
الثلاث التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكون حراما روى
صاحب السنن في كتاب الجهاد باسناده الى عقبة بن عامر الجهني قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله عز وجل يدخل بالسهم
الواحد ثلاثة نفر الجنة صانعه يحتسب في صنعته الخير
والرامي به ومنبله وارموا واركبوا وان ترموا احب الي من ان تركبوا
ليس من اللهو الا ثلاثة تاديب الرجل فرسه وملاعبته اهله
ورميه بقوسه ونبله ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه

فانها تعبد بركها اي قال كعبوها وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال ما انا من دد ولا الدد مني والدد هو اللعب وروي عن علي
ابن ابي طالب انه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذه التماثيل
التي انتم لها عاكفون وروي مثل هذا عن ابن عمر ايضا حين مر
بقوم يلعبون به وتشبيهه بالتماثيل يدل على عبادة الاوثان [illegible]
الكشاف وعن علي ان النرد والشطرنج من الميسر ولانه لهو [illegible]
يصد صاحبه عن الجمع والجماعات وهو الغالب عليه فاما
منفعته فتابعة مغلوبة والعبرة للغالب في التحريم الا ترى
الى قوله تعالى يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع
للناس واثمهما اكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم ولان
صاحب الشطرنج يصلي فيفوته الجماعة [illegible]
على اهل الاسلام والمسلمين كذا قال فخر الاسلام وقد اورد الامام ابو موسى
محمد بن ابي بكر المديني في كتاب الامالي [illegible] باسناده الى حبة بن مسلم
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من لعب بالشطرنج والناظر
اليها كالآكل لحم الخنزير واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا لعب بالشطرنج يريد به [illegible] الحرب
قيل له يكون وزره اشد لانه اتخذ آيات الله هزوا لانه يريد
المعصية ويظهر من نفسه انه يريد الطاعة ثم الذي يلعب بالشطرنج
ان قامر به سقطت عدالته ولم تقبل شهادته لانه متناول [illegible]
ابو حنيفة بالسلام عليهم حتى يشغلهم عما هم فيه وكره ابو يوسف
ذلك اهانة لهم وقال الفقيه ابو الليث لا ارى [illegible]

قوله قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة
دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم
والدنانير اي في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة قال لا بأس بان يقبل هدية المملوك التاجر ويجيب دعوته
ويعير دابته ثم [illegible] وكره كسوته الثوب
وهبته الدراهم والدنانير الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وقال في كتاب المأذون من مختصره لو اهدى المأذون له هدية او دعا رجلا
الى منزله فغداه او اعار رجلا دابة ليركبها او ثوبا ليلبسه
جاز [illegible] ولا ضمان على الرجل في شيء من ذلك ان عطبت الدابة
تحته او تخرق الثوب من لبسه ولا بأس [illegible] ذلك الرجل

من

من العبد ان كان على العبد دين او لم يكن هذا استحسان وهو قول ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد وليس بقياس ثم قال محمد حدثنا اسرائيل بن يونس عن
منصور عن ابراهيم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك
قال وبلغنا ان سلمان الفارسي اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو مملوك فقبل واكل اصحابه واتاه بصدقة فامر اصحابه
فقبلوها ولم ياكل شيئا منها وبلغنا عن عمر بن الخطاب انه سئل
عن العبد يتصدق بالشيء قال بالرغيف ونحوه ولا بأس بصدقة
العبد المأذون له بالطعام وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ليس للعبد
ليس للعبد المأذون ان يهب درهما ولا يتصدق به ولا يكسو ثوبا
انما استحسن في الطعام وحده الى هنا لفظ مختصر الكرخي وقال العتابي
ان ذلك كله باطل لان العبد ليس من اهل التبرع وفي الاستحسان جازت
الهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة لما روي عن سلمان انه اهدى الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقبل وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع
الصغير روي عن ابي سعيد مولى ابي اسيد قال اعرست وانا عبد فدعوت
رهطا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ابو ذر فاجابوني
وقال الفقيه انما الهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة من ضرورات
التجارة لان التاجر اذا فتح دكانه لم يخل امره من طالب التجارة يحتاج
الى شربة ماء او رغيف او ما اشبه ذلك ولو منع من ذلك لانسد باب
التجارة واعرض عنه الطالبون ومن ملك شيئا ملك ما كان من ضروراته
لان ذلك لا ينفك عنه وكذلك الضيافة لا تقوم التجارة الا بها
لانه لا يتهيأ ان يتعهد الناس على دكانه ولا بد من ان يطعم ويعطي
نحو ماء وما اشبه ذلك فدخل في ولاية اذن التجارة فاما هبة
الثوب والدراهم والدنانير فلا ضرورة في ذلك فرد الى الاصل القياس
وقال الفقيه ابو الليث لو تصدق المأذون بمقدار حبة او
نصف دانق وما اشبه ذلك يجوز وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح
كتاب المأذون لم يقدر محمد مقدار ما يتخذ من الضيافة اي
قدر يتخذ وروي عن محمد بن سلمة انه على قدر مال تجارته فان كان
تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة
دراهم كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة دراهم فاتخذ ضيافة بدانق
كثيرا والباقي مذكور في المأذون وشيخنا الخبازي الفارسي ابو عبد الله
اصله من رامهرمز [illegible] اصفهان من قرية [illegible]

اي عن فارسي

أسلم عبيد غلام النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وكان رشيدا فقضى النبي من لفظ
فكاتبوه فأدى عنه النبي صلى الله عليه وسلم كتابته وعتق وولي
في خلافة عثمان بالمدائن هكذا قاله الواقدي كذا في كتاب الهداية
والارشاد قوله فان وهب له كان في يده ليقبضه له لا ادري فانه
يجوز قبضه الهبة والصدقة له اي قال في الجامع الصغير رجل التقط
لقيطا قال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون في يده اللقيط
ليس له اب يوهب له هبة فيقبضها له او يتصدق عليه
بصدقة فيقبضها له فهو جائز اذا كان في حجره قال يعقوب
عن ابي حنيفة انه قال ان اجر الغلام لم يجز والام تجوز
اجارتها اذا كان في حجرها الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير والقياس ان لا يجوز
لانه لا ولاية للملتقط عليه ووجه الاستحسان ان في ذلك
منفعة للصبي وهو ماذون بجلب المنفعة اليه فاما اجارة
الملتقط فلا يجوز على رواية الجامع الصغير ويجوز على رواية
القدوري لان فيها تثقيفا للصبي وحفظ حاله من الضياع
ووجه هذه الرواية ان الملتقط ليس له ولاية عليه فلا يملك
اجارته وكذلك العم بخلاف الام فان لها ان تتلف منافعه
بلا عوض بالاستخدام فكان ان تتلف بالعوض اولى وذكر الفقيه
ابو الليث في شرحه في اجارة الام قياسا واستحسانا ففي
القياس لا يجوز كما لا يجوز بيع ماله وفي الاستحسان يجوز لان للام
ولاية الحفظ وفي الاجارة تحصيل الولد وحفظه والاصل فيها
ما ذكره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ان التصرف على الصغار على انواع نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي
كالانكاح والشراء والبيع في اموال الصبي ونوع آخر هو ما كان
من ضرورات حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه
وبيعه وذلك جائز لمن يعوله كالاخ والعم والام
والملتقط اذا كان في حجرهم فاذا ملك هؤلاء هذا النوع فلان يملك
الولي اولى لانه لا يشترط في حق الولي ان يكون في حجرهم
وبعدهم ونوع آخر ما هو نفع محض كملك الصبي الهبة فيملكه
والام ومن يعوله من الاخ والعم والملتقط لانه لما كان نفعا
محضا اشبه الانفاق فيملكه هؤلاء بقبول الهبة والصدقة

والقبض

تاسعة وثلاثون

٤٤٠

والقبض نفع محض فيملكه الملتقط وذكر في قوله ليس له اب ان باب الجر
لا يلزم اذ اللقيط هو الذي لا يعرف له اب اذ كان من الزنا فلم يكن
له اب في الحكم ايضا وذكر لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة
لها زوج وهي عنده يعولها ولها اب فوهب لها ان الزوج يقبض
فيقبل او يقبض لها ابوها او زوجها صح ولم يمتنع صحة قبض الزوج
عليها لقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان يكتفى فيه بان
يكون بالاضافة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول
والنفقة ومن جهة العقل والتمييز لان العلل كلها موجودة
ولكن في ذكره مدافعة في الحكم وبيان الولي حتى في احوال الادون
قوله ولا اجارة الصغار وفي بعض النسخ والاجارة للاظآر
وهو الصحيح لان اجارة الصغار ليست من ضرورات حال الصغار
لا محالة ولهذا لم يذكرها الصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان
في شرحيهما فاما اجارة الاظآر فمن ضرورات حال الصغار
كشراء ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة وايضا حينئذ يلزم
التناقض على رواية هذا الكتاب على الجامع الصغير لانه
صرح ثمة ان الملتقط لا يجوز له ان يؤاجر اللقيط بناء على
رواية القدوري يجوز ذلك لتثقيف الصبي وحفظه عن
الضياع والكلام لنا فيه وفي بعض النسخ والاجارة للاظآر للصغار
وهو اوضح قوله ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز وذلك لان عقد
الصبي انما يصح فيما هو نفع محض وليس بمعدوم العقد منفعة
خالصة لانه مشوب بالضرر ومع هذا لو فرغ من العمل وجب
المسمى استحسانا لانه انقلب نفعا محضا كالعبد المحجور لا يصح
اجارته نفسه قياسا لانعدام الاذن وقيام الحجر ومع هذا
لو آجر نفسه وفرغ من العمل صح استحسانا لانه انقلب
نفعا محضا وتقدم ذلك في باب اجارة العبد قوله
قال ويكره ان يجعل في عنق عبده الراية اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كان يكره ان يجعل الرجل
في عنق عبده الراية ولا يكره ان يقيده الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير والراية بالراء المهملة غل يجعل في عنق العبد
من الحديد علامة على انه آبق واما الداية بالدال فليس بشيء
وهو غلط من الكاتب وهي من الخواص في الوادي لفخر مكرهه

ان يجعل على عنق عبده طوق حديد مسمرا بمسمار عظيم يمنعه
من ان يحرك راسه وهذا معتاد بين الظالمين وهو باطل حرام لان
امر محدث وشر الامور محدثاتها وقال النبي صلى الله عليه وسلم
وكل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار
ولانه عقوبة الكفار وعقوبة اهل النار واما القيد فهو سنة
المسلمين ولم يزل المسلمون على هذا وهو تقييد السفهاء والدعار
وكذا العبيد يخشى تقييدهم احترازا عن اباقهم والتمرد وحفظ
اموالهم ولا يعرضهم بالمكروه وقال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وكان هذا في الزمن الاول فاما في زماننا هذا
فقد جرت العادة في الرواية اذا خيف منه الاباق يقيد
الناس اليه وخاصة في العبيد الهندي قوله والدعارة
الدعر الخبيث المفسد ومصدره الدعارة وهي من قولهم عود دعر
اي كثير الدخان قوله قال ولا باس بالحقنة اي قال
في الجامع الصغير وهي من الخواص واصله ان استعمال الدواء جائز
بدليل ما روى البخاري باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ما انزل الله داء الا انزل له شفاء وقد صح ان
رسول الله تداوى وانعقد عليه اجماع المسلمين ولم يفصل في
الجامع الصغير بين الرجل والمراة فيجوز ان يتداوى كل منهما
بالحقنة الا انه لا يستعمل المحرم في الحقنة كالخمر وما اشبهها لان
الاستشفاء بالحرام حرام بدليل ما روى صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدواء الخبيث وروى صاحب
السنن ايضا باسناده الى سعيد بن المسيب عن عبد الرحمن بن عثمان
الانصاري ان طبيبا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ضفدع يجعلها
في دواء فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن قتلها وروى صاحب السنن
ايضا باسناده الى ابي الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
الله عز وجل انزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا
تداووا بحرام وهذا اذا فعل الحقنة للدواء فان فعل لاجل السمن
فعن ابي يوسف انه لا باس به لان الهزال اذا تناهى يورث السل
ولا يقال ان التداوي ينافي التوكل فيكون حراما بالتوكل لانا
نقول قال شيخ الاسلام الترمذي وعمدة المذهب عند اهل السنة والجماعة

ورأيت الفتوى ان التوكل المأمور به بعد كسب الاسباب ثم التوكل بعده
على الله تعالى دون الاسباب يعني التوكل مع مراعاة الاسباب لا
قطع الاسباب لكن بعد مراعاة الاسباب يعتمد على الله تعالى لا على
الاسباب والحقنة من هذا القبيل ويفعل الا ان الاستشفاء بالحرام
انما لا يجوز اذا لم يعلم ان فيه شفاء اما اذا علم وليس له دواء اخر غيره
يجوز الاستشفاء به وقال في الفتاوى في التداوي بلبن الاتان اذا اشار
اليه لا باس به قال الصدر الشهيد وفيه نظر لان لبن الاتان
حرام والاستشفاء بالمحرم حرام وقد سبق الكلام في ان لبن الاتان
هل هو حرام في اول الكتاب في فصل الآسار وقال في خلاصة
الفتاوى رجل استطلق بطنه او رمدت عيناه فلم يعالج حتى
ضعفه ومات لا اثم عليه فرق بين هذا وبين ما اذا صام
ولم ياكل وهو قادر حتى مات حيث يأثم والفرق ان الاكل مقدار
قوته فرض لان فيه شبعا بيقين فاذا تركه كان متلفا
نفسه ولا كذلك المعالجة لان الصحة بالمعالجة غير معلوم فيه
قوله قال ولا باس برزق القاضي اي قال في الجامع الصغير
قالوا هذه المسألة على وجهين اما ان يكون شرطا ومعاقدة كعقد
الاجارة او كفاية بمؤنته كالنفقة اما الوجه الاول فباطل حرام
لان القضاء اعظم الطاعات فابطل الاستيجار على سائر الطاعات
فعلى هذا الحق الا ترى ان حكم القاضي بالرشوة لا ينفذ وان كان
القاضي لا ينعزل عنها بالجور والفسق والارتشاء ولكن يستحق
العزل فيعزل خلافا للمعتزلة فان عندهم ينعزل بالفسق واما
الثاني فلا باس به لانه محبوس بحق المسلمين فيكون نفقته في
مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما
في النكاح والعدة والوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة
واخرج له الابري ان ابا بكر رضي الله عنه كان رجلا تاجرا فكل يوم
كان يغدو الى السوق فيبيع ويبتاع وكان في اول خلافته الى ستة
اشهر كذلك ثم نظر في امره فقال والله ما يصلح امر الناس
التجارة وما يصلح الا التفرغ لهم والنظر في شانهم فترك التجارة
واستنفق من مال المسلمين ما يصلحه ويصلح عياله يوما بيوم
ويحج ويعتمر وكان الذي فرضوا له في كل سنة ستة الاف درهم
فلما حضره الوفاة قال ردوا ما عندنا من مال المسلمين كذا في كتاب
الطبقات

ويكفي ان عمر رضي الله عنه يأخذ كفايته وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
عليا الى اليمن وفرض له وبعث عتاب بن اسيد الى مكة ورزقه
كل سنة اربعين اوقية وروي عن عمر انه رزق شريحا كل شهر
مائة درهم وروي عن علي بن ابي طالب انه رزق شريحا كل شهر
خمسمائة درهم كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وعشرة ايضا قالوا وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع
بحق فاما اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل
الحرام والغصب رده على اهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين قال
فخر الاسلام والفقهاء ان القاضي اذا كان محتاجا فان
الافضل بل الواجب عليه ان يأخذ رزقه وكفايته لانه لا يتوصل
الى اقامة ما عليه الا بذلك فلما كان القضاء فرضا عليه اتى صار
رأس ماله الا انه فاما اذا كان غنيا عنه فان المشايخ اختلفوا
قال بعضهم اخذه حلال لان الغنا لا يقوم للقضاء الدائم
مع التفعل عن الكسب تركه افضل رفقا ببيت مال المسلمين وتنزها
عن الخلاف وقال بعضهم بل اخذه افضل صيانة للحكم عن الهوان
ونظرا لمن يأتي بعده من المحتاجين لان الرزق اذا انقطع تعذر
اعادته اذا نزل حبرله من كفاح السنة وانما سماه رزقا
ليعلم انه مقدر بالكفاية في كل زمان قال الصدر الشهيد وانما
يعطى رزق السنة في اول السنة لان الخراج يؤخذ في
اول السنة ثم قال وهذا كان من قبل اما في زماننا يوجد الخراج
في اخر السنة ولهذا قلنا ان ما يوجد من الخراج خراج سنة ماضية
ثم قال وعليه الفتوى فلو اخذ الرزق في اول السنة ثم عزل قبل
مضي السنة هل يجب عليه رد رزق ما بقي من السنة قال بعضهم
يجب وقال بعضهم على قول محمد يجب وعلى قول ابي يوسف لا يجب
وجعلوا هذه المسألة فرعا على نفقة الزوجة اذا استعجلت
نفقة السنة ثم مات الزوج في بعض السنة ردت نفقة ما بقي
عند محمد خلافا لابي يوسف والى هذا اشار الخصاف في نفقاته
والصحيح هو القول الاول كذا ذكر الصدر الشهيد وفي الذخيرة
فاما حيات فادعيل من اي مال كان يفرض النبي صلى الله عليه وسلم
ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال وانما كان اول الدواوين
في زمن عمر فيكون ذلك من الفيء ويعطي مما اخذه من نصارى
بني نجران

ومن

ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر قال ابو يوسف باسناده في كتاب
الخراج الى ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اخذ الجزية من مجوس اهل هجر **قوله** قال ولا بأس ان يسافر
الامة وام الولد بغير محرم اي قال في الجامع الصغير واصل ذلك
ان الاجانب في حق الاماء كالمحارم في حق الحرائر في حق النظر
واللمس فجاز المسافرة بهن مع الاجانب كما جاز بالحرائر مع المحارم
وام الولد مملوكة ولهذا جاز استخدامها لقيام الرق فيها
الا انه لا يجوز بيعها لاستحقاقها الحرية والله اعلم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب
بكتاب الكراهية من حيث ان في هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره **قوله**
قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء
عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة اي قال القدوري في
مختصره واراد بقوله ما اشبه ذلك ان يصير الارض سبخة
او يغلب عليها الرمل حتى تصير زراعتها متعذرة وانما سمي ما لا ينتفع
من الاراضي مواتا لبطلان الانتفاع بها تشبيها بالحيوان اذا مات
فبطل الانتفاع به والمراد باحياء الموات تسبيبا للحيوة النامية
كقوله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها قال الامام الاسبيجابي في
شرح الطحاوي والاصل في هذا ان من ملك شيئا من مسلم او ذمي
باي سبب ما ملك فانه لا يزول ملكه عنه بالترك كما اذا ملك دارا
او ارضا ثم خربتا ومضى عليه السنون والقرون فهو على ملك مالكه
الاول ولا يكون ذلك الارض ارض موات وارض الموات هي التي
لم تكن ملكا لاحد ولم يكن من مرافق البلدة وكانت خارج البلدة
قريب من البلدة او بعيدة حتى ان يجوز خارج البلدة من مرافقها
لم يجز احياؤه او اكمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد كان ذلك الارض
ارض موات في ظاهر الرواية وقال الطحاوي وما قرب من العامر
فليس بموات وهذا خلاف ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
قال ارض الموات هي البقعة التي لو وقف الرجل على ادناه من العامر
فنادى باعلى صوته لم يسمعه اقرب من في العامر اليه فهي الموات
شرح الطحاوي وقال في خلاصة الفتاوى والاراضي نحو انا
لبست بموات لانها دخلت في القسمة وتصرف الى اقصى مالك
او الجالع في الاسلام او الى ورثته فان لم يعلم فالتصرف الى القاضي

قوله فالعمارة منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام
ولم يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية كما اذا وقف انسان
من اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فيه فهو موات اي
قال القدوري في مختصره وهذا الذي شرطه القدوري هو اختيار
الطحاوي وهو شرط ظاهر الرواية فعلى ظاهر الرواية لا يشترط
البعد عن القرية وقد مر مثل هذا والمراد من العادي ما كان
خرابه قديما ولا يعرف له مالك لا ان يكون منسوبا الى عاد لان
جميع اراضي الموات لم يكن لعاد وانما كنى به عن القديم خرابها
لان عادا كان في قديم الايام وحمله القول هنا ما ذكر شيخ الاسلام
المعروف بخواهرزاده في شرح كتاب الشرب قال محمد كل ارض لا
يملكها احد وقد انقطع عنها الماء وارتفاق اهل المصر والقرية عنها
كان مواتا وان كان قريبا من العمرانات قال وانما شرطنا هذه الاشيا
كلها لتكون الارض ميتة لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الميتة على الاطلاق
ومطلق الاسم انما ينصرف الى الكامل والكامل من الميتة ان لا
يكون الارض مملوكا لاحد وانما قلنا ان لا يكون مملوكا اي لمسلم
او ذمي لان ما كان مملوكا لمسلم او ذمي وصار خرابا وانقطع عنه
الماء وارتفاق الناس به من حيث المرعى والاحتطاب فانه لا يكون
ارض ميتة حتى لا يملكها باذن الامام عندهم حقيقا لانها كانت مملوكة
لمسلم او ذمي لا يزول الملك عنها بالخراب وبانقطاع الماء والمرافق
بل يصير لورثته ان يعرف وان لم يعرف ورثته فلجماعة المسلمين
فيكون مملوكا والميتة لا يكون مملوكا لاحد ولهذا اقتضى اطلاق
اسم الميتة ان لا يكون مملوكا لمسلم ولا لذمي واذا لم تكن الارض
مملوكة لمسلم ولا لذمي وانقطع عنها مرافق الناس لانها ان كان
لا ينقطع عنها لا يكون ميتة لان حيوة الاراضي بالماء واذا انقطع
عنه ايضا لا يكون ميتة واذا انقطع عنها الماء ولم يكن مملوكة
لاحد الا انه لم ينقطع عنها مرافق الناس بان كان ينتفع بها
اهل المصر او القرية لا يكون مواتا مطلقا لان الميتة اسم لما
لم ينتفع به فشرطنا هذه الشرائط الثلاث لتكون الارض ميتة
هذا وذكر عن ابي يوسف انه زاد على هذا شرطا رابعا
وهو ان تكون الارض بعيدة من العمرانات ولا تكون قريبة
منها لانه متى كان قريبا من العمرانات لا ينقطع عنها ارتفاق
اهل

اهل العمرانات بها وحده ما اذا كان بعيدا يكون منقطعا عن العرف
على حد منه من العمرانات لا يكون منتفعا به قال الفاضل في العرف
والبعيد على مذهبه ان يقوم رجل جهوري الصوت من
اقصى العمرانات على مكان عال فينادي باعلى صوته فالموضع الذي
يسمع صوته منه يكون قريبا منه واذا كان لا يسمع صوته
يكون بعيدا من العمرانات هكذا روي عن ابي يوسف كذا ذكر خواهرزاده
في شرحه قوله فيبتنى الحكم عليه اي على القرب الذي هو دليل
الارتفاق فالحاصل انه عند ابي يوسف يبتنى الحكم على القرب والبعد
وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمه قوله وشمس الائمة اعتمد
على ما اختاره ابو يوسف يعني اخذ بقوله وهو ان ما قرب من العامر
لا يكون مواتا وعليه اعتمد الطحاوي ايضا قوله ثم من احياه
باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وعندهما
يملكه وهذه من مسائل مختصر القدوري والشافعي اخذ بقولهما
كذا في شرح الاقطع لهما ما روى صاحب السنن باسناده الى هشام بن عروة
عن ابيه عن سعيد بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة
فهي له وليس لعرق ظالم حق وروى الطحاوي في شرح الاثار باسناده
الى كثير بن عبد الله عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من احيا ارضا مواتا فهي له وروى ايضا باسناده الى سمرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احاط على شيء فهو له ولانه
عين حياة(?) او مال مباح فلا يفتقر ملكه الى اذن الامام كالحشيش
والصيد ولابي حنيفة ما روى ابو يوسف في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج
عن ليث عن طاوس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عادي الارض
لله ورسوله ثم لكم من بعد فمن احيا ارضا ميتة فهي له وليس
لمحتجر حق بعد ثلاث سنين الى هنا لفظ كتاب الخراج والمراد
من العادي الذي قدم خرابه ولا يعرف له مالك ووجه الاستدلال
به انه اضافه الى الله والى الرسول وما اضيف الى الله ورسوله لم يجز
ان يختص احد بشيء منه الا باذن الامام كالخمس وباب الغنيمة لما
اضيف الى الله ورسوله لم يختص احد بشيء منه الا باذن الامام
فعلم ان المراد من قوله احيا ارضا ميتة فهي له وهو ما اذا كان
باذن الامام يدل عليه ما روى معاذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به ولا ما يتعلق به حق
جماعة المسلمين

تنازعهم

لا يختص به واحد دون واحد إلا بإذن الإمام أصله مال بيت المال و
على الحشيش والصيد لا يصح لأن الإمام لا يملك أن يفرد واحدا دون
واحد بذلك حتى لو أمر واحدا أن يأخذ شيئا من الحشيش أو صيد
بعينه في بئر أو حجر لا يملكه المأمور قبل الأخذ والاصطياد ولو أن
غيره لو أخذه كان أولى به منه بخلاف الموات فإن المأمور بالإحياء
يملكه بعض الأمر بمثل الإحياء إذا خط له خطة يملكون أولى من
غيره ولأن الإمام يملك الأراضي الموات لأنه لو يملكها جاز ولا يملك
الصيد فلهذا لو باع الصيد لم يجز بخلاف العرق من المقاس
عمله كذا ذكر الطحاوي في شرح الآثار وقد أورد الطحاوي في مختصره
يقول إلى جنسه وقد أورد المصنف بحديث قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا
أرضا ميتة فهي له على أنه إذن لقوم معين كقوله صلى الله عليه وسلم
من قتل قتيلا فله سلبه لا نصب الشرع حتى يكون حكمه عاما كقوله
صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ قال
أبو عبيد في كتاب غريب الحديث قال هشام العرق الظالم أن يجيء الرجل
إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا أو يحدث فيها
شيئا ليستوجب به الأرض وفي الفائق قوله لعرق ظالم وقوله
أي لذي عرق ظالم قوله كما في سائر المغانم يعني قبل القسمة قوله
ويجب فيه الخمس ذكره تفريعا على مسألة القدوري قال الإمام
الإسبيجابي في شرح الطحاوي وإذا ملك أرض الموات بإذن الإمام أو
بغيره لأنه على الاختلاف فزرعها فإن سقاها بماء السماء فهي أرض العشر وإن
زرعها بما يفرض من أنهار المسلمين فعلى قول أبي يوسف حكمها حكم
تلك الأراضي التي بقربها فإن كانت من أرض الخراج فهي من أرض
الخراج وإن كانت من أرض العشر فهي من أرض العشر وعند محمد إن
كان أحياها بماء ساقه إليها من أنهار الأعاجم كالنيل
والفرات ونحوها فسقاها فهي من أرض الخراج وإن كان ذلك إنما
من نهر حفره الإمام من مال الخراج فهي أرض خراج وفي مختصر
الطحاوي إلى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال أبو يوسف في كتاب
الخراج ومن أحيا أرضا مواتا مما كان المسلمون افتتحوها مما
كان في أيدي أهل الشرك عنوة وقد كان الإمام قسمها بين الجند
الذين افتتحوها وخمسها فهي أرض عشر لأنه حين قسمها
بين المسلمين صارت أرض عشر فيؤدي عنها الذي أحياها العشر

كما

اغتنموها

كما يؤدي هؤلاء الذين قسمها الإمام بينهم وإن كان الإمام حين
تركها في أيدي أهلها ولم يكن قسمها فهي أرض خراج يؤدي عنها
الذي أحياها شيئا الخراج كما يؤدي الذين كان الإمام أقرها
في أيديهم وأيما رجل أحيا أرضا من أرض الموات من أرض الحجاز
وأرض العرب التي أسلم أهلها عليها فهي أرض عشر وهي له
وإن كانت من الأرضين التي افتتحها المسلمون مما في أيدي أهل الشرك
فإن أحياها وساق إليها الماء من المياه التي كانت في أيدي أهل
الشرك فهي أرض خراج وإن أحياها بعد ذلك ثم بئرا احتفرها فهي
أرض خراج شيئا منها أو عين استخرجها فهي أرض عشر وإن كان سقيها
من السيول أما إليها من الأنهار التي كانت في أيدي الأعاجم فهي أرض
خراج ساقه أو لم يسقه إليها لفظ أبي يوسف في كتاب الخراج قوله
فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني أحق بها ذكرها تفريعا
على مسألة المختصر أيضا قال شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهرزاده
في شرح كتاب الشرب قالوا هنا فصل لم يذكره محمد في الكتاب
فلا بد من معرفته وهو أن الرجل إذا أحيا أرضا ميتة بإذن
الإمام عند الكل وبغير إذن الإمام عند أبي يوسف ومحمد ثم زرعها
ثم تركها صالحة للزراعة فتركها فجاء آخر وزرعها هل
يكون الثاني أحق بها أم للأول أن ينزعها من يده اختلف
المشايخ فيه كان الفقيه أبو القاسم أحمد بن حم البلخي يقول
الثاني أحق بها وإنما كان الأول أحق بها ما لم يستغلها فإذا تركها وأعرض
عنها بطل حقه فيكون الثاني أحق بها وقال غيره من المشايخ إن الثاني
لا يصير أحق بها وكان للأول أن ينزعها من يده وحاصل الخلاف بينهم
راجع إلى أن المعنى بالإحياء ملك رقبة الأرض أم منفعتها كان
أبو القاسم يقول يملك منفعتها والاستغلال بها ولا يملك رقبتها
وكان يقيس هذا على من نزل في موضع مباح كان له الانتفاع بذلك
الموضع فإذا قام وأعرض عنها بطل حقه ووجه ما قاله عامة
المشايخ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهي له
وهي كما بينه في الأرض لما أضاف الأرض إليه بلام التمليك فدل
أنه يملك رقبتها قوله ومن أحيا أرضا ميتة فهي له وهي
ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب
ذكرها على التفريع أيضا قال شيخ الإسلام خواهرزاده في كتاب شرح الشرب

فهذا متصل لم يذكره محمد في الكتاب ثم قال وروي عن محمد أن من عمر
في أرض الخراج لأنه هو الذي ينصب الطالب خصمه بعد ما تعطل
تطرقته نهرا قوله ما لا يملكه الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم
أي قال القدوري في مختصره وعندنا يملك الذمي بالإحياء
لنا ما روي في السنن مسندا إلى ابن أبي مليكة عن عروة قال أشهد
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الأرض أرض الله والعباد
عباد الله ومن أحيى مواتا فهو أحق به ولأن كل سبب يملك به
المسلم أرضا يملك به الذمي كالمشترات والشفعة ولهذا تبين الخصم
على المستأمن فلا يملكه لأنه إذا أحيى بإذن الإمام وضع عليه الخراج
فيصير ذميا بذلك فيثبت الأحكام في أحكام دار الإسلام بالإحياء
ليس من أهل الدار فلا يملك لأنه ليس من أهل الدار لأنه يرى أنه
لا يمكن مقامه في دار الإسلام ويجري عليه أحكام المسلمين ويستعان
بهم على قتال المشركين ولا تنضاف الدار إلى المسلمين إلا بالغلبة
قوله قال ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها
الإمام ودفعها إلى غيره أي قال القدوري في مختصره وذكر البخاري
أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق فقال له عمر
إن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحجره ولم يقطعك لتحجبه
عن الناس وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير وقد روينا واقطع عمر العقيق صح
قبل هذا عند قوله من أحياه بإذن الإمام ملكه عن النبي صلى الله عليه وسلم
ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين وقد روي ذلك عن عمر أيضا
يقال احتجرت الأرض إذا ضربت عليها منارا أو أعلمت علمها في
حدودها للحيازة والاحتجار [illegible] إلى [illegible]
المعنى الاحتكار والحيازة لنفسه كذا في المغرب اعلم أن الاحتجار
هو الصحيح وقد ذكر الفقهاء في معناه التحجير والتحجر أيضا
ومعناه الإعلام بأنه قصد إحياء الموات بوضع الحجر وغيره
حوله أو استعاقته من الحجر أي من الحجر بسكون الجيم وهو
المنع لأنه أعلم بهذا الموضع ليمنع غيره عنه ثم الاحتجار يحصل
بوضع الحجر على الجوانب الأربع وكذا بوضع الشوك أو الحشيش
مع وضع التراب عليه من غير إتمام المسناة وكذلك إذا غرس
حول الأرض أغصانا يابسة وتنقى الأرض من الحشيش وأحرق
ما فيها من الشوك وغير ذلك ثم الاحتجار هل يفيد الملك أم لا

ثم

ثم اختلاف المشايخ قيل يفيد ملكا موقتا إلى ثلاث سنين وقيل لا يفيد
وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا وجد إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين
وأحياه فمن قال إن الاحتجار لا يفيد ملكا فإنه يملكه الثاني ومن
قال يفيد لا يملكه الثاني وينزعه الأول من يده انتهى من
قال بأنه يملك بما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر حق
بعد ثلاث سنين لأنه نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في
ثلاث سنين والحق إذا أطلق يراد به الملك لا مجرد الحق من
غير ملك بدليل ما قال في كتاب الإقرار إذا قال لفلان حق في هذه
الدار ويبين شيئا من حقوقها لا من رقبتها لا يصدق المقر في
ذلك وجه من قال لا يفيد ملكا أن الاحتجار ليس بإحياء وإنما
هو بمنزلة الاستيام على الإحياء فلا يفيد ملكا كالاستيام
في باب البيع إلا أنه يكره إحياء الثاني قبل مضي ثلاث سنين مراعاة
لحق المحتجر ونفيا للوحشة عنه كذا ذكر خواهر زاده في شرح
كتاب الشرب ولكن العبارة تبدلت وأما الإحياء فقد روى ابن رستم عن
محمد أنه قال الإحياء أن يكربها ويسقيها فإن كربها ولم يسقها أو
سقاها ولم يكربها فإنه يكون تحجيرا ولا يكون إحياء
فإن سقاها مع حفر الأنهار يكون إحياء لأنه وجد فعلان وما أشبه
الكراب والسقي وأما إذا حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء فإنه
يكون إحياء لأن هذا من جملة البناء فيكون إحياء وإن بذرها
يكون إحياء فهذه جملة ما قيل في التحجير والإحياء والمسناة ما يبنى
للسيل ليرد الماء وحوطها أي جعل لها حائطا وسنمها أراد
بالتسنيم جعل المسناة قوله حصد أي قطع كما في قوله تعالى [illegible]
محصود قوله وفي الأخير تراد ورجاء الخير أي فيما إذا حفر من بئر
ذراعا أو ذراعين يعني ذلك يكون تحجيرا لما جاء في الخبر من حفر
من بئر ذراعا فهو محجر قوله قال ولا يجوز إحياء ما قرب من
العامر ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحا لحصائدهم أي قال
القدوري في مختصره واعلم أن القدوري شرط في الموات أن يكون
بعيدا من القرية وهو المروي عن أبي يوسف وهو اختيار الطحاوي
وقد ذكرناه في أول كتاب إحياء الموات وفي ظاهر الرواية إذا انقطع
عنه الماء ولا ارتفاق لأهل القرية به لم يكن ملكا لأحد كان مواتا
وجه ما ذهب إليه القدوري أنه إذا كان قريبا من العمران

لا يستغنى عنه اذ يتفاوت اهل القرية لو احيوه وربما تقع لهم حاجة
اليه فلا يجوز قطع حقوقهم بما به لان في ذلك ضررا على اهل القرية
فلا يجوز كما لا يجوز احياء الطريق والنهر وفي التحفة ما يكون فناء
لبعض القرى مرعى لمواشيهم ومحتطبا لهم فهو حقهم لا يجوز
للامام ان يقطعها احدا لان في ذلك ضررا بهم ولكن يقطع بالحطب
والقصب الذي فيها هو لهم وغيرهم ليس لهم ان يمنعوها حتى يعيرهم
لانها ليست بملكهم وقال في شرح الطحاوي وليس للامام ان يقطع
ما لا غنى للمسلمين عنه يعني اذا كانت ساحة او غيضة او كرا
يشربون منه او مملحة لاهل البلدة فليس للامام ان يقطع لاحد
لاحد والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهي الزرع المحصود ومطرح
الحصائد هو الموضع الذي يلقى فيه الزرع المحصود للكدس وقال
اقطعه السلطان ارض كذا اي اعطاها ليحييها قوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله لتعلق حاجتهم اليها ويعتبر اذنه عمرها كان له
حريمه قوله قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها اي قال القدوري
في مختصره يعني اذا حفر بئرا في ارض موات باذن الامام عند
ابي حنيفة وبغير اذنه عندهما كان له حق يمنع حتى لا يكون لاحد ان
يحفر في حريمها بئرا او يحرث شيئا لان حفر البئر احياء وحريم البئر نواحيه
قوله فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كانت للناضح فحريمها
ستون ذراعا والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها والناضح
البعير الذي يستقى عليه والمراد من بئر العطن التي يستقى منها
باليد ومن بئر الناضح التي يستقى منها بالبعير كذا قالوا وقال ابو يوسف
في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج وتفسير بئر الناضح انها التي يسقى
منها الزرع بالابل وبئر العطن هي بئر الماشية التي يسقي الرجل
منها ماشيته ولا يسقي منها الزرع وكل بئر يسقى منها بالابل
فهي بئر الناضح اي هذا لفظ ابي يوسف وقال الطحاوي في مختصره
ومن حفر بئرا للعطن في ارض ميتة فملكها على ما ذكرنا من احياء الموات
في الوجه الذي يملكها فله حريمها من كل جانب من جوانبها
اربعون ذراعا الا ان يكون الحبل يتجاوز ذلك فيكون له
الى ما ينتهي اليه الحبل وان كانت بئر ناضح فحريمها ستون ذراعا
من كل جانب من جوانبها الا ان يكون حبلها يتجاوز الستين

فيكون له الى منتهى حبلها اي هذا لفظ الطحاوي ولم يذكر الطحاوي
والقدوري في مختصريهما الخلاف في حريم بئر الناضح بل ذكرا مطلقا
انه ستون ذراعا وذكر القدوري في كتاب التقريب وشيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اربعون
ذراعا عند ابي حنيفة وعندهما ستون ذراعا لهما ما روى ابو يوسف
في كتاب الخراج عن الحسن بن عمارة عن الزهري قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر الناضح ستون
ذراعا وحريم بئر العطن اربعون ذراعا ولابي حنيفة ما روى
ابو يوسف ايضا وقال حدثنا اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من احتفر بئرا كان له مما حولها اربعون ذراعا
عطنا لماشيته وقال ابو يوسف ايضا حدثنا اشعث بن سوار
عن الشعبي انه قال حريم البئر اربعون ذراعا من نواحيها كلها
ولا يدخل عليه احد في حريمه ولا في مائه وحديث الشعبي
ادل على المراد لانه مطلق يشمل بئر الناضح وبئر العطن جميعا و
اما حديث الحسن وان كان ذكر فيه العطن حمل على انه ذكره لانه الغالب
ولم يدل ذكره على التقييد بدليل حديث الشعبي ولان ثبوت الحريم
بخلاف القياس لان استحقاق الجار بعمله وهو الحفر ولا اثر
لعمله في غير موضع الحفر ولكن فيما اتفق عليه الاحاديث تركنا
القياس وفيما فيه الاختلاف في الحديث عملنا بالقياس وذكر
الحريم فيما وراء الاربعين وهذا معنى قوله ومما لنا رضي حفظناه
اي حفظنا القياس ولان بئر الناضح والعطن من حيث المعنى كبئر
واحد لانه يمد بنزح الماء باليد ويحتاج الى ان يقوم المواشي في البئر
جميعا ليشرب لما بينا من حيث المعنى كبئر واحد فيجعل النص
الوارد في العطن واردا في الناضح لمعنى لا يتغير قوله والاربعون
من كل الجوانب يعني يكون من كل جانب عشرة اذرع والصحيح ان
الاربعين يعتبر من كل جانب قوله والعام المعمول على قبوله
والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله اراد بالعام
المتفق حديث الحسن واراد بالخاص المختلف حديث الزهري عنده
يعني عند ابي حنيفة وهذا كما رجح ابو حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم
ما سقته السماء ففيه العشر على قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة
وعلى قوله ليس في الخضراوات صدقة ثم يكون حديث الحسن عاما

وهو مخصوص بالعطن قلنا انه عام لان قوله من حفر بيرا
ليس بمقيد ببير دون بير فيتناول بير الناضح وبير العطن جميعا فكان
قوله كان له مما حولها اربعون ذراعا حقا وحكما لحافر البير مطلقا
اي بير كانت فثبت هذا الحكم في بير الناضح كما ثبت في بير العطن
عملا بعمومه اما قوله عطنا لماشيته ليس بقيد لانه انما ذكره بيانا
لما يصلح له حريم البير في غالب الاحوال وهو كونه مبركا ومناخا للماشية
وحريم بير الناضح ايضا يصلح مبركا للماشية فافهم **قوله**
والاستحقاق بالحفر اي الاستحقاق يحصل بالحفر بقدر ما بان
قوله فان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع اي قال في
مختصر القدوري ولفظ المختصر مختلف في بعض النسخ خمسمائة ذراع
وفي بعضها بلفظ خمسمائة ذراع وعلى الثاني اعتمد في شرح الاقطع بلا اختلاف [illegible]
النسخ قال صاحب النافع وان كان عينا فحريمها خمسمائة ذراع بذراع
شيخ الاسلام خواهرزاده لم يذكر في مبسوطه سوى خمسمائة والاصح
عندي خمسمائة لانه موافق لحديث الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال حريم العين خمسمائة ذراع وهذا هو التوقيف وبه علمت
نص الطحاوي في مختصره فقال ومن حفر عينا في ارض موات
وملكها بما ذكرنا فله حريمها وهو خمسمائة ذراع من
كل جانب من جوانبها لان هذا لفظ الطحاوي في مختصره فان قيل ما
حد ما يمنع من التصرف فيه قلنا هذا القدر هو الحريم اذا حفر انسان
بقرب بيرها بيرا او عينا كيلا يذهب ماؤها او ينتقص وانما جعل
حريم العين اكثر لان الماء اذا نبع من الارض لا بد له من موضع
يجري عليه ثم لا بد من مستنقع ليجتمع فيه الماء فلا بد من
موضع آخر يجري منه الماء الى المزارع والكروم فلكثرة
حاجة صاحب العين الى الحريم جعل حريمها اكثر وتفسير خمسمائة
بالتوقيف ذكر الحلواني انها من كل الجوانب او من كل جانب
كما اختلف في حريم البير والصحيح انها من كل جانب ومن
مشايخنا من قال ان التقدير بالاربعين في البير وبخمسمائة في العين
في اراضيهم لان بها صلابة اما في ديارنا فالاراضي رخوة فيزاد
على الاربعين والخمسمائة اذا احتيج الى ذلك لئلا يتحول الماء بحفر
فوق الاربعين او فوق الخمسمائة ومذهبنا الاول ونقل الرخوة
الارض وتعذر الاحتمال **قوله** والذراع هي المكسرة وهي ذراع العامة

وهي ذراع الكرباس اي هي دون ذراع المساحة التي هي ذراع الملك
لان ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام في كل مرة وذراع
الكرباس سبع قبضات دون ارتفاع الابهام وهو اختيار خواهرزاده
وبعضهم اختار ذراع المساحة لانها الليق بالممسوحات هكذا ذكر
اصحابنا ذراع المساحة ولكن فيه نظر لان اصحاب المساحة ذكروا
في كتبهم ان الذراع هي الهاشمية وهي ثمان وعشرون اصبعا والقبضة
اربعة اصابع والاصبع ست شعيرات تلصق بطونها بعضها ملصقة
لظهور بعض والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون **قوله**
وعن بيناه من بعد ذا تعضلا رحمه الله اي بينا الرحمة في الخمسمائة
بغيرها من كل جانب لانه لم يذكرها في باب الذراع المكسرة فما نعلم من قبل
لا نعلم انه لم يذكرها لانه ذكر ذراع الكرباس وهي الذراع المكسرة
في كتاب الطهارات في باب الماء الذي يجوز به الوضوء واختارها
توسعة للامر على الناس كما اخترنا **قوله** فان احتفر اراد
ان يحفر بيرا في حريمها منع منه اي قال القدوري في مختصره يعني
اراد آخر ان يحفر بيرا في حريم العين التي احياها الاول او في حريم
البير التي احياها منع الثاني منه لانه ربما تذهب ماء البير الاولى
او ينتقص ففي الاول تفويت حقه وفي الثاني اخلال بحقه
وكلاهما لا يجوز لان فيه اضرارا به فلو احتفر آخر بيرا في حريم
الاول فللاول ان يكبسها تبرعا وتصليح ما افسد من الارض ولو
اراد ان يؤاخذ الثاني بذلك فله ذلك لكن اختلف المشايخ فيه قيل
يجبر الحافر الثاني بكبس بير حفرها اراد به لجنايته بحفره كما اذا
القى كناسة في ارض غيره تعديا يؤمر برفعها وقيل يضمن
النقصان ثم يكبسه بنفسه لتفويت الارض بالحفر وضع الحفر
يضمنه لنقصان ما بينهما كما اذا هدم جدار غيره ضمن
نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه ذكره الخصاف في ادب القاضي
ولفظ الخصاف في الكتاب المذكور في [illegible] ادب القاضي واذا ادعى
على رجل انه حفر في ارضه حفيرة اضر ذلك بارضه سال رد
اصلاحه على ذلك فانه عليه النقصان في ذلك ويسئله القاضي
على الحاصل بالله ماله عليك هذا الذي ادعاه وهو كما ذكرنا ولا كلفه
على البناء هنا لفظ الخصاف ثم الاصل فيما عطب بالبير الاولى
سواء صاحبها ان لا ضمان لانه غير متعد وهذا [illegible]

على قولهما لان له ان يحفر بدون اذن الامام وكذا ملكا للبئر في الحالين
فاذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره
كما لو حفر في داره وكذلك لا اشكال على قول ابي حنيفة ان كان حفر
باذن الامام فاما اذا كان يحفرها بلا اذن الامام فعنده اشكال على
قوله وحكمه ان يقال له ولاية التحجير بغير اذن الامام وان لم
يكن له الاحياء بغير اذنه فيجعل حفره بغير اذن الامام تحجيرا لا
احياء فاذا كان كذلك يعتد بفعل ما له فعله فلا يكون متعديا فيه
فلا يضمن ما تولد منه وما عطب في بئر الثاني يضمنه هو بعد ذلك جميعا
لانه متعد في هذا الحفر فانه حفر في ملك الاول بغير اذنه فصار
كما اذا حفر على فناء غيره الطريق قوله وان حفر الثاني بئرا
وراء حريم الاولى اي خارج حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى
لا شيء عليه وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا وذلك لانه ليس بمتعد
في هذا الحفر لان له ان يحفر بئرا خارج حريم الاول واذا لم يكن متعديا
فاذا لم يكن متعديا في التسبب لا يكون عليه ضمان وللثاني الحريم
من الجوانب الثلاث دون الجانب الاول الذي هو حريم بئر الاول
لان ذلك القدر صار ملكا للاول بسبق يده وحفرها باذن الامام
قوله والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه ذكرها تفريعا وهي
من مسائل الاصل يعني اذا اخرج قناة في ارض موات فهي بمنزلة
البئر فلها من الحريم ما للبئر كذا في الاصل ولم يزد على هذا وقال
في المبسوط مثل القناة لها حريم مفوض الى رأي الامام لانه لا نص
فيه وقال المشايخ هذا الذي ذكره في الاصل قولهما وعند ابي حنيفة
لا حريم لها لانها بمنزلة النهر ما لم يظهر ماؤها على وجه الارض
فلا حريم للنهر عنده فاما اذا ظهر على وجه الارض فهي بمنزلة
العين الفوارة فيكون حريمها مثل حريم العين خمسمائة ذراع
وقال ابو يوسف في كتاب الخراج واجعل للقناة من الحريم ما لم يسح
على وجه الارض مثل ما اجعل للبئر فاذا ظهر الماء وسح
على وجه الارض جعلت حريمه كحريم النهر وقال ابو يوسف
في كتاب الخراج ايضا ولو ان رجلا له قناة فاحفر رجل بجنبها
قناة فاجراها من تحتها او من فوقها لصاحب القناة ان يمنعه
من ذلك ويأخذه بابطالها فان كان باذن له في احتفارها
وحفرها فليس له ان يمنعه بعد ذلك الا ما فيه ضرر عليه
في الاذن

في الاذن ما خلا خصلة ان يكون اذن له ودفع له رسما
لم يمنعه من ذلك قبل ان يحيي الوقت فاذا كان على هذا فمن
له تمد الحفر الى هنا لفظ كتاب الخراج والقناة مجرى الماء تحت
الارض قوله والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا
ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر قال شيخ الاسلام خواهر زاده في
شرح كتاب الشرب لم يذكر محمد في الكتاب اي في الاصل الا ان
المشايخ قالوا ينبغي لصاحب الشجرة حريما بقدر خمس اذرع لما روي
ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء اخر واراد ان يغرس
شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى
رسول الله فامر النبي صلى الله عليه وسلم بان يؤخذ من شجرته جريدة
فاخذت ومسح بها فبلغ خمس اذرع واطلق للاخر ان يغرس
فيما وراء ذلك وهذا حديث صحيح مشهور هكذا ذكر خواهر زاده
في شرحه وراوي هذا الحديث ابو سعيد الخدري ذكره ابو داود في سننه
في اخر كتاب الاقضية ثم اعلم ان الاشياء التي لها حريم باجماع العلماء
خمسة احدها حريم بئر العطن والثاني حريم بئر الناضح
والثالث حريم العين وثلاثتها مذكورة في مختصر القدوري والرابع حريم
القناة والخامس حريم الشجر اذا غرسها في ارض موات باذن الامام
كان عند الكل وبغير اذنه عندهما وانما قيدنا بالاجماع لان في
حريم النهر اختلافا النهر اختلافا والحريم عبارة عن شيء يملك
في ارض بقدر معلوم في ضمن ملك حاصل باحياء الموات وهو اما سنح
به خاطري قوله قال وما ترك الفرات او دجلة وعدل
عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه اي قال القدوري في
مختصره وتمامه فيه وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات
اذا لم يكن حريما لعامر يملكه من احياه باذن الامام وذكر ان
الفرات ودجلة ملك لجماعة المسلمين فاذا جاز عوده اليه
لم ينقطع الحكم الاول عنه وكان لهم ان يردوه الى الحكم فليس
لاحد ان يشغل ما لهم الفرات ويحيي ارضه وكذلك اذا جاز عوده
اليه اما اذا لم يجز عوده اليه فقد صار ذلك الموضع كسائر الاراضي
التي لا ينتفع بها وليس لها مالك معين فهي موات يتملكها بالاحياء
على اذن الامام وعلى ان لا يكون من حريم العامر كذا في شرح الكافي
وقال ابو يوسف في كتاب الخراج اذا انقطع ماء عن جزيرة في دجلة

فليس لاحد ان يكرب فيها شيئا لانا لا ندري لعل هذه الجزيرة
اذا حصنت وزرعت كان ذلك ضررا على اهل المنازل ولا ينبغي
للامام ان يقطع شيئا من هذه ولا يحدث فيه حدثا واما
ما كان خارج المدينة فهي بمنزلة الارض الموات يحييها الرجل ويؤدي
عنها حق السلطان ولو ان رجلا اتى بطائفة من البطيحة مما
ليس عنه ملك لاحد وقد غلب عليه الماء فضرب عليه المسنيات
واستخرجه واحياه وقطع ما فيه من القصب فانما بمنزلة الارض
الميتة وكذلك كل ما عالج في اجمة او من بحر او من نهر بعد ان لا يكون
فيه ملك لانسان اذا استخرجه رجل وعمره فهو له وهو بمنزلة
الموات ولو ان رجلا احيى من ذلك شيئا ثم ذكا له ما كان قبله ورد
ذلك الى الاول ولم اجعل للباني فيه حقا لانه بناه بعد فروغ
عليه زرعه فهو ضامن لما نقص الارض وليس عليه اجر وهو
ضامن لما قطع من قصبها وكذلك لو كانت هذه الارض البرية
فيها نبات فانها بمنزلة القصب اليها نقطعها والخراج قوله
قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة
رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد له مسناة النهر
يمشي عليها ويلقي عليها طينه اي قال القدوري في مختصره قال في
الصحاح المسناة [illegible] وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن
ابي حنيفة في نهر لرجل الى جانبه مسناة وارض لرجل خلف
المسناة ملتزقة بها ليست لواحد منهما شيء فان ادعى صاحب النهر المسناة
وادعاها صاحب الارض ولا بينة لهما ولم يثبت في يد كل واحد منهما قال
هي لصاحب الارض وليس له ان يحفرها حتى يسيل ماء النهر
وقال ابو يوسف ومحمد هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه
وغير ذلك الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال في شرح الطحاوي
ولو ان نهرا لرجل وارضا على شط النهر لرجل اخر فتنازعا
في المسناة فان كان بين الارض وبين المسناة النهر حائل كالحائط
ونحوه فان المسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل
قال ابو حنيفة هي لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق
تسييل الماء حتى ان صاحب الارض اذا اراد ان يرفعها كان لصاحب
النهر منعه عن ذلك ولصاحب الارض ان يغرس فيها لانها ملكه
وليس لصاحب النهر منعه عن ذلك وقال صاحباه المسناة

ملك

ملك لصاحب النهر وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب
الشرب وانما يظهر ثمرة الخلاف في ان ولاية الزراعة والغرس
لمن يكون فعلى قول ابي حنيفة لرب الارض وعلى قولهما لصاحب
النهر وقال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير من
اصحابنا من قال اصل هذه المسألة ان من احيى نهرا في ارض
موات هل يستحق له حريما قال ابو حنيفة لا يستحق وعندهما يستحق
وقال عامتهم الصواب انه يستحق للنهر حريما بالاجماع استدلالا
بنص صاحب الشرع في حريم البئر لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم
كما لا ينتفع بالبئر الا به وانما اختلف ابو حنيفة وصاحباه
في موضع الاشتباه وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل
بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالطين والغرس
واما اذا كان مشغولا بحق احدهما فهو احق به بالاجماع لانه ظهر
يده عليه بالشغل وقال فخر الدين قاضي خان وكذا اذا كانت المسناة
اعرض من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه
بالقاء طينه ووجه قولهما ان الظاهر شاهد لصاحب النهر لان النهر
لا ينتفع به الا بالحريم لان قوام النهر بالحافتين وصاحب النهر
لا يستمسك الماء الا بها فكان هو المستعمل لها فكان اولى ولانه لا بد من
ملقى طينه ومشي صاحبه لاصلاحه فتثبت له الحريم كالبئر ثم
لم يذكر مقدار الحريم على قولهما في الاصل بل قال له من الحريم مقدار
ما لا يستغني عنه النهر وكذلك لم يقدر في الجامع الصغير ايضا
وقال خواهر زاده في مبسوطه قالوا قد ذكر في النوادر في تقدير
الحريم خلافا بينهما فعلى قول محمد يمسح بطن النهر ويجعل له من
كل جانب نصف بطن ارض النهر وقال ابو يوسف من كل جانب
مقدار بطن النهر هكذا ذكر خواهر زاده الخلاف بينهما وذكر ابو الليث
الخلاف بخلاف هذا وقال في شرح الجامع الصغير ذكر نصير بن
يحيى الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد قال في قول ابي يوسف يمسح
بطن النهر فيجعل مقدار ذلك بنصفه من هذا الجانب وبنصفه
من هذا الجانب وما ذكره ابو الليث اعتمد في شرح الطحاوي وجعلوا
وقال في الفصل الثاني ينظر الى مقدار ما يحتاج اليه
كذا قال ابو الليث في شرحه ووجه قول ابي حنيفة ان الحريم شبه
الارض صورة ومعنى فكان لصاحب الارض اولى ما صورة

فلانه مواتي بالارض واما معنى فلانه يصلح لا يصلح له الا رض من
الغرس والزراعه وهذا كما قلنا فيما اذا اختلف رب الدار
والمستاجر في لوح ساقط على الارض ومثله على السقف فالقول
لصاحب الدار لان الظاهر شاهد له وكذا اذا اختلفا في
احد مصراعي الباب وهو ساقط ليس في يدهما والمصراع الاخر
على الباب فيكون القول لصاحب الدار ولان الحكم انما
يثبت له بعلته وهو الحفر فلا يثبت له الملك بغير موضع
علته وهو الحريم كلا في البير فان حريمها يشكل القياس
فلا نقيس عليه غيره وقولهما ان صاحب النهر يحتاج الى الحريم
قلنا لا نسلم انه يحتاج اليه لانه يمكنه نقل التراب الى موضع
اخر ويمكنه ان يلقيه في النهر لاصلاحه وليس كذلك البير
لانه لا يمكنه الانتفاع بها الا بالاستقاء والاستقاء لا يتاتى
بدون الحريم وقوله فلم له ان يحفرها لا يدل على انه لا يملك
الحريم فيما اذا لم يكن له فيه ملك فلان حق الا ترى ان السفل
اذا كان لرجل والعلو لرجل فليس لصاحب السفل ان يهدم سفله
وان كان الملك له لان في ذلك ابطال حق صاحب العلو فكذلك
ههنا ليس له ان يبطل حق صاحب النهر لان له فيه حق الانتفاع بالمسناه
وفي القاء الطين كرى النهر ففي حال وغيره اختلاف المشايخ على قول
ابي حنيفة فالبعض ليس له ذلك بل ينقله من ذلك المكان
والبعض له ذلك ما لم يتفحش وهل لصاحب الارض ان يمنع
صاحب النهر من المرور على المسناه فالبعض له ذلك وقال
البعض له حق المرور عليها قوله على ما ذكرنا اي في سير الفاحش
قوله وجه البناء اي وجه بناء مسله المختصر على بيان
من احيى نهرا على الدهس ان استحقاق الحريم يثبت اليد عليه
عندهما اعتبارا لا حقيقة كما يثبت اليد على النهر حقيقة
والقول في المنازعه لصاحب اليد وعند ابي حنيفة لم يثبت
استحقاق الحريم لم يثبت اليد عليه ايضا فكان الظاهر شاهدا
لصاحب الارض فالقول قول من يشهد له الظاهر قوله وان كانت
مسله مبتداة وهذا اشاره الى قول اهل التحقيق من اصحابنا
ما قلنا هذه مسله ابتدائية لا بناء على مسله من احيى نهرا في ارض
موات لان ثمه للنهر حريما بالاتفاق وانما الخلاف ههنا
فيما اذا

اربعون
٤٥٠

فيما اذا لم يعرف ان المسناه في يد من هي بان كانت منفصله بالاراضي
متساويه لها ولم يكن اعلى منها قوله لاستوائها اي لاستواء
الحريم والارض وهذا لان الحريم لو كان من نفس ملك النهر لكان القول
لصاحب النهر وقد مر قبل هذا قوله والقضاء في موضع
الخلاف قضاء ترك يعني ليس هو قضاء ملك واستحقاق لهذا
لو اقام صاحب النهر بينته ان له حريما يقضى له بها فلو كان
قضاء ملك واستحقاق لم يقض له لان المقضي عليه في حادثة
لا يكون مقضيا له في تلك الحادثة ابدا قوله ولا انتفاع فيما
به استمساك الماء جواب عن قولهما ان النهر لا ينتفع به الا بالحريم حاجته و
فالحاجه الاصليه لصاحب النهر امساك الماء وهي تندفع بدون
ملك الحريم والكلام فيما فيه وانما نزاعنا فيما وراء الحاجه
الاصليه كالغرس والقاء الطين فهل له ذلك ام لا على انا
نقول ان الحاجه لا تدل على تمام الملك لا محاله الا ترى ان صاحب
العلو يحتاج الى السفل ثم عند المنازعه لا يقضى له بالسفل
وقولهما ان صاحب النهر لا يستمسك الماء الا بالحائط فكان
اولى به قلنا هذا معارض بالمثل لان صاحب الارض يدفع الماء
عنها به قوله فهو من مواضع الخلاف يعني عند ابي حنيفة
الغرس لصاحب الارض وعندهما لصاحب النهر قوله وقال
الفقيه ابو جعفر وهو الهندواني ناخذ بقولهما في ان لصاحب
النهر ان يلقي طينه على الحائط ولصاحب الارض ان يغرس
فلا يمنع القاء الطين على الحائط كذا ذكر الفقيه ابو الليث

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

مسائل هذه الفصول
كانها من هذا الى كتاب الاشربه ليست مذكوره في البدايه لانها
ليست في الجامع الصغير ومختصر القدوري وانما ذكرها شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الشرب ثم لما ذكر احياء
الموات ذكر عقيبه مسائل الشرب لان الاراضي لا تنال الحيوه
فلما احتاج الاحياء لا محاله الى الماء ذكر الشرب وهو النصيب
من الماء لهذا وتقدم فصل الماء على فصل كرى الانهار لان الماء
هو الاصل فقدمه لاصالته قوله واذا كان لرجل نهر
او بير او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفه والشفه
الشرب لبني آدم والبهائم قال ابو يوسف في كتاب الخراج وكذلك كان له
عين

او بئر او قناة فليس له ان يمنع ابن السبيل من ان يشرب منها او يسقي
دابته منها بغير رضاه وليس له ان يمنع شيئا من هو
للشفة والشفة عندنا الشرب لبني آدم والبهائم والغنم والدواب
وله ان يمنع السقي للارض والزرع والنخل والشجر وليس لاحد
ان يسقي شيئا من ذلك الا باذنه فان اذن له فلا باس به وقد ذكرنا
وان باعه لم يجز البيع ولا يحل للبائع والمشتري لانه مجهول
غرر لا يعرف وكذلك لو كان في مصنعة يجتمع فيها الماء من السيول
فلا خير في بيعه ايضا ولو سمى له كيلا معلوما او عددا او اجرة
معلومة لم يجز ذلك ايضا للحديث الذي جاء في ذكر المنع.
ولا باس ببيع الماء اذا كان في الاوعية فقد احرزه واحرزه
في وعائه فلا باس ببيعه وان هيأ له مصنعة فما يستقي فيها
بالاوعية حتى جمع فيها ماء كثيرا ثم باع من ذلك فلا باس واذا وقع
في الاوعية فقد احرزه وقد طاب بيعه واذا كان انما يجتمع
من السيول فلا خير في بيعه الا هنا لغلبة كما والخراج من ماله
ولو ان صاحب العين او النهر او الحوض او البئر او القناة منع ابن السبيل
من ان يشرب منها او يسقي دابته او بعيره او شاته حتى يخاف على
نفسه فان اصحابنا كانوا يرون له القتال عليه الا انما في الرجل
على نفسه بالسلاح اذا كان في الماء فضل عمن هو حقه ولا يرون
ذلك في الطعام ويرون فيه الاخذ والغصب من غير قتال بالسلاح
الا خاصة فانهم كانوا يرون فيه اذا خيف على النفس قتال
المانع منه وهو المصانع والآبار والانهار وفيما الماء فيه
وهو في الاوعية عند الاضطرار اذا كان فيه فضل عمن هو في
يده ويحكى في ذلك عن عمر في القوم الذين وردوا
ماء فسالوا اهله ان يدلوهم على البئر فلم يدلوهم عليها فقالوا
ان اعناقنا واعناق مطايانا قد كادت تتقطع من العطش
فدلونا على البئر واعطونا دلوا نستقي فلم يفعلوا فذكروا
ذلك لعمر بن الخطاب فقال فهلا وضعتم فيهم السلاح كما الحاج
وقال في شرح الطحاوي ولو ان الناس احتاجوا الماء الى بئر
او حوض او عين في ارضه لشفاههم او لمواشيهم وارادوا دخول
ارضه للاستقاء كان له ان يمنعهم عن الدخول في ارضه ويقال له
اما ان تاذن للناس في الدخول في ارضك او تكفيهم فيستقون الماء ان كان الا
تحمل

تحمل الماء وليس له الامتناع عن احد هذين الامرين فان امتنع ومنع
الناس عن الاستقاء فلهم ان يقاتلوه بالسلاح بخلاف ما اذا كان
الرجل في سفر واصابته المجاعة ومع رفيقه طعام يحل له
التناول من جهة الغصب بالضمان وله ان يقاتله بما دون السلاح
ولا يقاتله بالسلاح وجملة القول فيها ما ذكر الاسبيجابي رحمه الله
في شرح كتاب الشرب وهو ان الشركة في الماء على وجوه بعضها اعم
من البعض منها الشركة في ماء البحار فانه مشترك بين الناس في كل
شيء في حق الشفة وفي حق سقي الاراضي ايضا حتى ان من اراد ان
يكري منه نهرا الى ارضه ليس لاحد ان يمنعه من ذلك الا ان يمنعه
احد من الشفة والاسقاء لان انتفاع الناس بماء البحار كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء
ومن انتفع بهذه الاشياء على اي وجه انتفع به ليس لاحد ان يمنعه
من ذلك فكذلك هذا ومنها الشركة في ماء الاودية العظام كجيحون
وسيحون ودجلة والفرات والناس شركاء في حق الشفة فاما في
سقي الاراضي اذا احيى رجل ارض موات واراد ان يكري من ذلك
نهرا ليسقيها فان كان لا يضر بالعامة فله ذلك وان كان يضر
بالعامة فليس له ذلك لان الشركة في ماء هذه الاودية عامة فانها
لم تدخل في المقاسم فتكون الشركة عامة فاذا كانت الشركة عامة فاذا اراد
احد ان يحدث فيه حدثا فانه لا يمنع من ذلك اذا كان لا يضر بالعامة
ويمنع اذا كان يضر بهم كما في الطريق العام وهذه الشركة اخص
من الشركة في ماء البحار ومنها الشركة في ماء دخل في المقاسم وهي
اخص مما ذكرنا والناس شركاء في حق الشفة لسقي انفسهم ودوابهم في
ذلك وان اتى ذلك على الماء كله وليس لاهله ان يمنعوا احدا من الشفة
فان خافوا ان يأتي على ذلك فمحكي عن ابي حنيفة ورد عليه سائل من خراسان احدها هذه
رجل له ماء يجري الى مزارعه يجيء الرجل يستقي لنفسه ولدوابه
بذلك الماء حتى ينفده كله فهل لصاحب النهر ان يمنعه من ذلك فدفع
ابو حنيفة هذه الفتوى الى زفر فكتب زفر انه ليس له
ان يسقي دابته على وجه لا يبقى منه شيء لصاحب النهر ثم عرض
على ابي حنيفة فغلطه ابو حنيفة في الجواب وقال لصاحب الارض ذلك لنفسه
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ
والنار وانما يثبت حق الشفة في ماء دخل في المقاسم للضرورة
لان الانسان يحتاج الى الشفة في الجهاد والحج والتجارة ولا يمكنه

وإن أمكنه أن يحمل مع نفسه ما يحتاج إليه من الماء لنفسه ولدوابه كما يمكنه
حمل الطعام مع نفسه فلو لم يثبت له حق الشفة من كل ماء يرد عليه
لانقطع الأسفار وتعطل الحج والجهاد وهذا لا وجه له ولكنا إذا
كان وصفنا في موضع الإقامة فإن دخل المقاسم فلو لم يكن له
حق الشفة ضاق عليه العيش ولكن لو أراد رجل أن يسقي من ذلك
أرضا أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه أضر بهم أو لم يضر وحق
الشركة في الماء المحرز بالأواني والحباب وهي أخص مما تقدم لأنه
ينقطع شركة الناس كافة في حق الشفة وغيره وذلك لأنه بالإحراز
صار مملوكا له وانقطع حق غيره كما في الصيد والحشيش إلا أنه صح
لو سرقه إنسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي عشرة دراهم
لم يقطع يده لأن شبهة الشركة فيه باقية لقوله صلى الله عليه وسلم
الناس شركاء في ثلاث وذكر لأن هذا الحديث وإن كان غير معمول به
في إثبات الشركة في هذا الموضع أورث ظاهره شبهة كمن سرق جارية
ابنه لا يقطع لأن شبهة الشركة ثابتة لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك
لأبيك وإن كان غير معمول به في إثبات الشركة من حيث الحقيقة فكذا هذا
قوله والشفة الشرب لبني آدم أصل الشفة شفهة ولهذا
يقول في التصغير شفيهة وفي جمعها شفاه والتصغير و
التكسير يردان الأشياء إلى أصلها وحذفت الهاء تخفيفا فقال
أهل اللغة لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا بهائمهم قوله
ضفته أي ضفة النهر وهي جانبه ورواها صاحب الغريب
بكسر الضاد وجمعها ضفاف وفي الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح
جماعة الناس قوله وعلى هذا نصب الرحى عليه يعني
إن كان لا يضر بالعامة جاز وإلا فلا فإن الجيحون والأنهار
العظام كالفرات ودجلة وجيحون وغيرها لا حق لأحد حريمها
فكل من يقدر على السقي لأرضه منها فله ذلك وكذا نصب الرحى و
الدالية ويكون ذلك وهذا إذا لم يكن فيه ضرر فأما إذا كان فيه ضرر
يمنع من ذلك وقال أبو يوسف في تفسيره ليس لكل والخراج
ولا يجوز لأحد أن يتخذ مشرعة في مثل الفرات ودجلة
ويأخذ جهارا إلا أن يكون الأرض له أو يكون الإمام صيرها
له فيحدث فيها ما شاء لأن الفرات ودجلة لجميع المسلمين
فهم فيها شركاء فإن أحدث رجل مشرعة أو غيرها لم يكن له ذلك

إلا أن يكون جعلها للناس فيجوز ذلك وإذا اتخذ أهل المحلة
مشرعة لأنفسهم ليستقوا منها فليس لهم أن يمنعوا أحدا
من الناس يستقي منها فإن كان في ذلك ضرر عليهم في قيام الدواب
والإبل منعوهم من ذلك فأما غيرهم فلا يمنعوه قوله إذا دخل
الماء في المقاسم أي دخل في قسمة قوم يقسمه الإمام بينهم
قوله والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلث
في الماء والكلأ والنار وقال صاحب المغني في كتاب الينبوع حدثنا علي بن
الجعد قال حدثنا حريز بن عثمان عن حبان بن زيد الشرعبي عن
رجل من المهاجرين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا أسمعه
يقول المسلمون شركاء في ثلاث الكلأ والماء والنار وقال أبو يوسف في كتاب الخراج
وحدثنا المعلى بن كثير عن مكحول قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تمنعوا الكلأ ولا الماء ولا النار فإنه متاع للمقوين وقوة للمستضعفين
وقال الكرخي في مختصره فهم شركاء في ذلك على ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
شركة إباحة لا شركة ملك فمن سبق إلى أخذ شيء من ذلك في وعاء
أو غيره وأحرزه فهو أحق به وهو ملك له دون من سواه يجوز له
تمليكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث عنه وتجوز فيه وصاياه
كما تجوز في أملاكه وإن أخذه منه أحد بغير إذنه ضمنه كما يضمن
سائر أملاكه وما لم يسبق إليه أحد فيأخذه فهو لجماعة المسلمين
مباح على ما كان عليه أولا ليس لأحد من الناس أن يمنع من أراد
أخذه للشفة إلى هنا لفظ الكرخي وقد عرف قبل هذا أن الشركة
في الماء على أربعة أوجه فأما الشركة في النار فبيانه ما قال
شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وهو أن الرجل
إذا أوقد نارا في مفازة فإن كانت هذه النار يكون حطبه بينه
وبين الناس جميعا حتى لو جاء إنسان وأراد أن يستضيء بضوء هذه النار
أو أراد أن يخيط ثوبا له حول النار أو يصطلي بها في زمان البرد
أو أن يتخذ منه سراجا لا يكون لصاحب النار منعه إلا أن يكون
أوقد النار في موضع مملوك له فإن له أن يمنعه من الانتفاع بملكه
لا بالنار فأما إذا أراد أن يأخذ من نفس النار شيئا من الجمرة
فإن لصاحب النار أن يمنعه من ذلك لأن ذلك ملكه ولو أطلقنا ذلك
لم يبق له ما يصطلي بها ويخبز بها وهذا لا وجه له وأما الشركة
في الكلأ فعلى أوجه أيضا بعضها أعم من بعض فالأعم منها

حبان بن زيد الشرعبي عن عبد الغني الحاكم الكرخي والمختلف

ان يكون الحشيش في ارض لا يكون مملوكة لاحد فيكون الناس في ذلك شركاء
في الرعي والاحتشاش وليس لاحد ان يمنع انسانا من ذلك وهي
كالشركة في ماء البحار والثاني شركة اخرى اخص من هذه وهو ان يكون
الكلأ في ارض مملوكة نبت بنفسه لا بانبات صاحبها فالارض
تكون لصاحبها وليس فيه شركة حتى لو اخذه انسان كان لاخذه
ملكا له الا ان لصاحب الارض ان يمنعه من الدخول في ارضه لاجل الكلأ
ذكر محمد هذا القدر في الكتاب ولم يزد عليه الا ان مشايخنا
زادوا على ذلك فقالوا اذا وقعت المنازعة بين صاحب الارض والذي
يريد الكلأ ... لان صاحب الارض يمنعه من الدخول
في ملكه وهذا يطلب حقه فان له شركة في الكلأ فلا بد من اعتبار
المنازعة فنقول ان كان يجد ما يريد للكلأ في موضع آخر غير
مملوك لاحد فيؤمر بذلك الارض فيقال له خذ من ذلك وان لم يجد
فيقال لصاحب الارض اما ان تقطعه بيدك او تأذن له حتى يدخل
فيأخذ حقه لكن اذا كان انسان في حوضه ماء واراد الدخول
في كرمه ليأخذ الماء فمنعه صاحب الكرم ان كان يجد ماء في موضع آخر
غير مملوك لاحد فيؤمر بذلك ... ذلك المكان ويأخذ منه
وان كان لا يجد يقال لصاحب الحوض اما ان تقطعه بيدك او تأذن
له حتى يأخذ منه وشركة اخرى اخص من ذلك كله وهو ان يحتش الكلأ
او انبت الكلأ في ارضه فانه يكون مملوكا له وينقطع حق غيره
ولا يكون لاحد اخذ ذلك لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب
الا انه سمى شركة لقوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث
حتى لو سقاه انسان لا ينقطع يده ثم لا بد لك من معرفة الكلأ
ما هو فنقول قال الامام المعروف بخواهر زاده الكلأ كل ما ينجم على
وجه الارض اي ينبسط وينتشر ولا يكون له ساق كالاذخر ونحوه
وما كان له ساق يكون شجرا لا كلأ والدليل على صحة ذلك
قوله تعالى والنجم والشجر يسجدان قالوا النجم ما ليس له ساق والنجم
ما انبسط وانتشر على وجه الارض والشوك الاحمر من الشجر لانه
الكلأ وكذا الشوك الابيض الذي يقال له الغرقد من الشجر لانه
يقوم بساق حتى لو نبت في ارض مملوكة فجاء انسان واخذ
ذلك كان لصاحب الارض ان يسترد منه واما الشوك الاخضر الذي
يأكله الابل ويقال له الحاج فهو من اصناف الكلأ حكي عن الشيخ
الامام

الحشيش
والامام ابي بكر محمد بن الفضل انه كان يقول من جملة الكلأ
والفقيه ابو جعفر الهندواني يقول انه من جملة الشجر قال وروي
عن محمد رحمه الله في النوادر روايتان في رواية جعله من الكلأ وفي
رواية جعله من جملة الشجر ... الموضوع
لانه اراد برواية الكلأ ما ينبسط منه على وجه الارض ولا يكون
له ساق واراد بالرواية الاخرى ما قام على الساق ولا ينجم
على وجه الارض والسوس من الشجر لانه يقوم على ساق كذا
قال خواهر زاده وقال في الصحاح الكلأ العشب وقد كلئت الارض
واكلأت فهي ارض مكلئة اي ذات كلأ سواء يابسه ورطبه وقال
في المغرب والظاهر انه يقع على ذي الساق وغيره وفي العرس
الكلأ النبات واما بيع الجمد ... قال
بعضهم لا يجوز بيعه لانه باع شيئا لا يقدر على تسليمه جميعا الى المشتري
لانه يذوب بعضه وقال ابو نصر محمد بن محمد بن سلام ان البيع جائز
وكان اذا سئل عن هذه المسألة يقول البيع جائز والابطال احمق
وقال ابو بكر الاسكاف اذا سلم الجملة الى المشتري ... فانه يجوز
وان باع ثم سلمه الى المشتري في يومه ذلك فانه يجوز ايضا اذا سلمه
الى المشتري حتى مضى عليه ايام فسد لان في التعليل ما ينقض
... له حصة من الثمن ثم اخذ الفقيه ابو الليث بذلك
في شرح الطحاوي قوله لسقيه ... اي من كبده كما في قوله صلى الله عليه وسلم
ان هذا الدين متين فاوغل فيه برفق فان المنبت لا ظهرا ابقى ولا ارضا
قطع ... قوله ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على
نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح اي لو منعه صاحب البئر
او العين او الحوض او النهر الذي في ملكه عن الدخول فيه وهو يخاف
العطش يقاتله بالسلاح اذا لم يجد ماء آخر في موضع قريب منه لان الماء
في البئر والعين لم يصر مملوكا له لانه لم يوجد منه احراز واذا لم يوجد
منه احراز بقي مشتركا بين الناس فاذا منع غيره من الاستقاء فقد
منع حقه ومن منع حقا مستحقا لغيره كان لصاحب الحق
ان يقاتل المانع لحقه بالسلاح ليصل الى حقه كما لو منع ...
... كان له ان يقاتل المانع بالسلاح و
الاصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل
دون ماله فهو شهيد واما اذا منع ماء محرزا بان احرزه في جرته

او جب ركوه حتى انقطع شركه الغير عنه وكان المريد للماء
مضطرا الى ذلك فانه يقاتله بما دون السلاح ولا يقاتله بالسلاح
لانه لم يمنع حقه لان الشركة انقطعت بالاحراز وانما منعه ملكه
ومن منع ملكه بنفسه عن المضطر كان للمضطر ان يقاتله بما دون
السلاح من العصا ونحو ذلك كما لو منع طعاما مملوكا له من المضطر
وهذا لانه لم يمنع بمنعه غيره عنه وانما ترك احيا نفس هو قادر
على احيائها ومن ترك احيا نفس تقدر على احيائها كان مرتكبا
معصية ومن ارتكب معصية فالسبيل ان ينهى عن ذلك اولا
بالقول فاذا لم ينته بالقول يقاتل بما دون السلاح ولا يقاتل
بالسلاح لان قتل النفس بغير حق من الكبائر كما يرد من نهى غيره
عن المنكر لا ينبغي له ان ياتي بما هو اشد نكرا من ذلك قوله
ومن الشفه اذا كان ياتي على الماء كله بان كان يجدول صغيرا اي
شرب الناس والدواب اذا كان ينفي الماء [illegible]
الدواب انه لا يمنع بهذه هي الشفه التي يتعلق بها [illegible]
[illegible] ولكن اختلف المشايخ فيه قيل لا يمنع لان الابل
لا ترد كل يوم في اليوم الذي لا ترد الابل يكون الى صاحب
الجدول [illegible] ذلك كما [illegible] منه دون صاحب الشفه
[illegible] لصاحب الابل [illegible] لصاحب الجدول وهذا هو السبيل
في المشترك اذا كان لا يتصل الى كل واحد منهم حقه يكون بينهم
بالنوبة وقيل يمنع منه كما يمنع من سقي المزارع والاشجار قوله
ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح منه
احتراز عما قال بعض المشايخ والصحيح انهم ياخذون الماء من الجدول
الصغير للوضوء وغسل الثياب دفعا للحرج وقال بعضهم
لا ياخذون الماء للوضوء وغسل الثياب بل يتوضؤون ويغسلون
الثياب في النهر [illegible] الشفه لا غير [illegible]
في الحوض [illegible] بعضهم [illegible]
[illegible] للشرب [illegible]
[illegible] التوضي [illegible] هو الصحيح
[illegible]
قوله لان الماء متى دخل في المقاسم اي كان الماء [illegible]
[illegible] الاسلام [illegible]
بالجره

بالجره [illegible] ارضه او شجره ان كان الماء دخل في المقاسم
لا يكون له ذلك كما في الانهار الصغار لانه بالقسمة انقطعت
الشركه في الشرب وانما بقيت حق الشفه لا غير وهو باخذ
الماء للشرب لا للشرب فليس له ذلك وحكي ان شداد بن حكيم
اهدى الى خلف بن ايوب [illegible] انه وكان مريضا فوضعها عند
راسه فقال ابن [illegible] الرمانة [illegible] شجرة في دار في [illegible]
[illegible] ما سقيتها [illegible] نهر [illegible] الشيخ [illegible]
في سكة كذا فقال نعم فقال انه لا يطيب لي [illegible]
النهر [illegible] الشفه وليس لك ان تسقي الشجرة فردها عليه قوله
فلا يمكنه التسييل فيه اي لا يمكن صاحب النهر التسييل
في ذلك [illegible] قوله وكري الانهار [illegible]
النهر [illegible] في كري الانهار [illegible] يحتاج من له الشرب
الى الكري [illegible] مؤنة الكري على من يكون في النهر
[illegible] انواع النهر [illegible] على من يجب واخر هذا الفصل
لان وجوب الكري امر [illegible] وجد النهر [illegible] الكري على
المنتفعين كما في النهر العام والكري الحفر قوله والانهار
ثلاثة نهر غير مملوك لاحد الى اخره [illegible] الاسلام [illegible]
في شرح كتاب الشرب قال ابو جعفر الانهار ثلاثة نهر غير مملوك
لاحد [illegible] في [illegible]
من الانهار العظام ونهر مملوك [illegible]
على وجهين عام وخاص [illegible] الحد الفاصل بين العام و
الخاص استحقاق الشفعه [illegible] الخاص من النهر [illegible]
[illegible] على هذا النهر كان لجميع اهل النهر حق الشفعة [illegible]
الى ان يذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة في الشفعة
واختلف المشايخ في تحديد ذلك ولكن احسن ما قيل فيه من التحديد
هو ان الشركاء في النهر ان كانوا دون المائة فالشركة خاصة
[illegible] الشفعة وان كانوا مائة فصاعدا فالشركة عامة لا
[illegible] للكل [illegible] وحرام [illegible] فالشركة
[illegible] عامة [illegible] اكثر من المائة [illegible] الشركة
[illegible] في النهر الذي لم يدخل [illegible] الامام
وان كان [illegible] دون المائة فالشركة خاصة [illegible]

وأحكامها مختلفة فحكم النهر الأول الذي هو غير مملوك لأحد ولم يدخل تحت يد أحد ما حازه
في المقاسم أن للناس كلهم حق الشفة لأن حق الشفة ثبت في النهر الخاص
ففي العام أولى فإن أحيى رجل أرضا وأراد أن يكري منه
نهرا إلى أرضه فإنه يمنع منه إذا كان في ذلك ضرر بين
بالعامة وإن لم يكن فيه ضرر بين لا يمنع من ذلك وقد مر في
الفصل المتقدم فكري هذا النهر على عامة المسلمين يكون على السلطان
من مالهم وهو مال بيت المال لأن منفعته لهم عامة ولكن يصرف
إلى مؤنة الكري مال الخراج والجزية وما جرى مجراهما دون
الصدقات والعشر لأنها للفقراء وأما الجزية والخراج فإنه لنوائب
المسلمين وهذا من جملة نوائبهم وإن لم يكن في بيت المال شيء فإن
قال إن الإمام يجبر الناس على كريه إذا احتيج إلى الكري لما روي عن عمر
أنه قال في مثل هذا لو تركتم لبعتم
أولادكم إلا أنه يخرج للكري من كان يطيق الكري ويجعل
مؤنتهم على الأغنياء المياسير الذين لا يطيقون الكري بأنفسهم وأما
حكم نهر مملوك دخل تحت القسمة وهو عام فإن لكل واحد من الناس
حق الشفة منه لأن حق الشفة إذا ثبت في النهر الخاص ففي
العام أولى وإن أراد أحد أن يكري منه نهرا إلى أرضه يمنع منه
أضر بهم أو لم يضر لأنه لا بد من أن يكسر من حافتي النهر وذلك
مملوك لهم فلا يملك إلا بإذن المالك فكري هذا النهر على أهله لا على
بيت المال لأنه مملوك لهم لا للعامة الناس فإن أبى البعض من
الكري يجبر على كريه لئلا يلحق بالعامة ضرر لأنهم يتضررون
لو لم يجبر الآبي لأنهم يحتاجون إلى كري نصيبه ولا يقال
إذا أجبر يلحق الضرر بالآبي الخاص فيحتاج إلى إنفاق ماله في
كري نصيبه لأنا نقول ضرر العامة أعلى الضررين فيتحمل أدنى الضررين
لدفع الضرر الأعلى ولأن ضرر الآبي بعوض وهو سقي أرضه
نفسه وضرر العامة لا عوض له فلا يستوي الضرران وهذا في
قوله فلا تعارض به أي لا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل
يغلب جانب الضرر العام وكذلك يجبر الآبي على تحصين النهر
إذا كان يخشى إذا كان يخاف فيغرق الأراضي من الانبثاق
وإذا لم يكن فلا لأنه موهوم ولا يشبه التحصين الكري لأنه
معلوم فيجبر الآبي لا محالة وأما حكم نهر خاص من وجه
قال

قال لكل واحد من الناس حق الشفة لقوله صلى الله عليه وسلم
الناس شركاء في ثلاث فإن أراد أحد منهم أن يكري منه نهرا إلى أرضه
لم يكن له ذلك إلا برضا أصحابه أضر بهم أو لم يضر لأنه ليس له
ذلك في النهر العام المملوك ففي الخاص أولى ومؤنة كري
هذا النهر على أهله لا على بيت المال لأنه مملوك لهم فإن أبى البعض
اختلف المشايخ في جبره قال أبو بكر الإسكاف يجبر الآبي وقال
الفقيه أبو بكر البلخي لا يجبر الآبي على الكري قال الفقيه أبو جعفر
وبقول أستاذي أبي بكر البلخي آخذ وجه قول أبي بكر الإسكاف
أن هنا يوجد ضرران ضرر الآبي وهو إتلاف ماله في كري نصيبه
وضرر أصحابه وهو أنهم يحتاجون إلى كري نصيبه حتى يتمكنوا
من سقي أراضيهم وضرر الآبي بعوض فإنه يسقي أرضه وضرر
أصحابه بغير عوض ولا شك أن ما كان من الضرر بغير عوض
أكبر الضررين فيجب دفعه فيتحمل الضرر الأدنى بإجبار الآبي على كري
النهر العام وجه ما ذهب إليه أبو بكر البلخي والفقيه أبو جعفر
أن ضرر الآبي وضرر أصحابه تقابلا واستويا فيترك ما كان
على ما كان كما لو تعذر دفع أحدهما بالآخر كما في الحائط بين اثنين
إذا انهدم أو انهدم علوه وسفله فأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخر
لا يجبر الآبي بل يقال للآخر ابن إن شئت وإنما قلنا استوى
الضرران لأن كل واحد بعوض أما عوض ضرر الآبي إذا أجبر على
الكري فظاهر وكذا عوض ضرر أصحابه لأنه يمكنهم أن يرفعوا
الأمر إلى القاضي حتى يأذن لهم في حفر نصيبه على أن يستوفوا منه
مؤنة الكري من نصيبه من الشرب بأن يستوفوا من نصيب الآبي
من الشرب قدر ما يبلغ قيمة ما أنفقوا في نصيبه للكري فإذا استوى
الضرران يترك ما كان على ما كان كذا ذكر خواهر زاده في شرح
كتاب الشرب إلا أن العبارة تبدلت طلبا للاختصار قوله
والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه أي بين النهر العام
والخاص والضمير في به إلى النهر قال أبو العباس الناطفي
في الأجناس حق الشرب الأصلي يجري مجرى الطريق في الآثار في
استحقاق الشفعة لأنه من حقوق الأرض فإن كانت تجري في
النهر السفن فلا شفعة بحق الشرب كما لا شفعة بالاستطراق في طريق
نافذ وإذا كان النهر صغيرا فيه الشاربات دون السفن تتعلق

حق الشرب الشفعة كما يعلو بطريق سكة غير نافذة الشفعة **قوله**
بخلاف ما تقدم اى بخلاف الآبي في كري النهر المملوك العام حيث
يجبر الآبي على الكري لان الضرر ثمه عام … الشركاء
الضرر على ما بينا **قوله** ولا يجبر لحق الشفه جواب سؤال بان يقال
ان كان لا يجبر الآبي على الكري لحق الشركاء … لا يجبر لحق الشفه كما
قيل انه يجبر لحق الشفه فقال لا يجبر لحق الشفه لان الجبر لحق الشفه
لا … ولهذا لو امتنعوا جميعا عن الكري لا يجبرون على الكري
لحق اصحاب الشفه كذا ذكر خواهر زاده في شرحه **قوله** ومؤنة
كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوزا ارض رجل رفع عنه
وهذا عند ابي حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى اخره بحصص
الشرب … الا رضين والنهر المشترك جاوز ورفع الى الكري
وضع المسئلة في النهر الخاص وبيان ذلك ما قال في التحفة ان النهر
اذا كان بين عشرة لكل واحد منهم عليه ارض فان الكري من فوهة
النهر الى ان يجاوز شرب اولهم عليهم بينهم على عشرة اسهم على كل واحد
منهم العشر فاذا جاوز شرب الاول خرج هو من الكري ويكون
الكري على الباقين على تسعة اسهم فاذا جاوز شرب الثاني سقط
عنه المؤنة ويكون الكري على الباقين على ثمانية اسهم وعلى هذا
الترتيب وقالا ان المؤنة بينهم على عشرة اسهم من اول النهر الى اخره
لهما ان الكري مؤنة من … وجميع النهر مشترك بينهم
من اوله الى اخره ولهذا لو بيعت ارض في اسفل النهر كان لكل
اهل حق الشفعة فاذا كان النهر مشتركا كان الكري عليهم جميعا لان اهل
الاسفل شاركوا اهل الاعلى في كري النهر لانه مفتح مائهم
اهل الاعلى على اهل الاسفل ايضا لانه مصب مائهم والجامع الحاجة
الى المفتح والمصب لانه لو لم يكن له مصب لفسد ما يفرق
ارضه ولابي حنيفة ان الكري انما يجب لامكان سقي الارض
… النهر اذا لم يكن منكبسا وكانت الاراضي يمكن سقيها بدون
الكري لا يجب الكري والذي جاوز الكري ارضه امكنه سقي ارضه
ولم يبق له حاجة فلا يجب عليه الكري بعد ذلك … ولم يكن
الاسفل منكبسا والجواب عن قولهما انه يحتاج الى المصب قلت
هذه الحاجة ترتفع بسد فوهته النهر اذا استغنى عن الماء فاذا
ارتفعت الحاجة بدون الكري لا يجب الكري بعد ذلك لا ذكر مكرر غيره

صاحب
وانما يكون له حق التسييل فيكون المؤنة على صاحب الكرى على
الخصوص كما اذا كان له مسيل ماء على سطح مملوك لغيره لا يجب
عليه عمارة المسيل في ذلك السطح وانما وجبت الشفعة لهم جميعا
لاشتراكهم في المفتح ومن جنس هذه المسئلة انهم اذا احتاجوا
الى اصلاح فم النهر فان الاصلاح من اعلاه عليهم جميعا
فاذا بلغوا ارض رجل يرفع عنه مؤنة الاصلاح في قول ابي حنيفة
وعندهما مؤنة الاصلاح من اعلى النهر الى اسفله عليهم جميعا
ومن ذلك الطريق في سكة غير نافذة اذا احتاجوا الى اصلاحها
فبلغوا دار رجل منهم هل يرفع عنه مؤنة الاصلاح فالمشايخ
خواهرزاده لا روايه لهذا واختلف المشايخ فيه فمنهم من قال
هو على الخلاف فعلى قول ابي حنيفة يرفع مؤنة الاصلاح عنه واليها
ذهب الفقيه ابو جعفر ورايت في بعض الكتب مشايخنا انهم متى
احتاجوا الى عمارة الطريق في سكة غير نافذة فان مؤنة الاصلاح
من اعلاه عليهم جميعا فاذا انتهوا الى باب دار رجل يرفع عنه
مؤنة الاصلاح وكان مؤنة الاصلاح على الباقين بلا خلاف وعندهم
جميعا فابو حنيفة يحتاج ابو يوسف ومحمد الى الفرق بين المسئلة
والنهر ووجه الفرق ان صاحب الدار لا حاجة له الى الطريق
فيما جاوز داره فانه لا يستعمل ما جاوز داره من الطريق بوجه ما
وفي النهر يحتاج الى مسيل الماء فما وراء ارضه لولا ذلك
لغرقت ارضه حال كثرة الماء **قوله** بلا يلزمه انتفاع غيره استعماله
الانتفاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ولم نسمع ذلك عن ائمة
اللغة وجاء ارحقته في لغة هذيل بمعنى ارجعته ويكون
على قياسه افعله بمعنى فعله ولكن اللغة لا تصح بالقياس
ويجوز ان يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انتفاع
غيره من باب الافتعال لان بكري اسفل ارضه ينتفع غيره
قوله يرفع عنه اذا جاوز ارضه وقيل اذا جاوز فوهته
نهره فالى الاولى ذهب الكرخي والى ذلك اشار في الاصل
انه قال اذا جاوز ارض رجل رفع عنه مؤنة الكري في
قول ابي حنيفة ولم يقل اذا بلغوا فوهته نهر رجل يرفع عنه
مؤنة الكري وهو الذي ذكرنا في النهر الخاص اما في النهر
العام العظيم الذي فيه قرى يحتاجوا الى كريه فاذا بلغوا
عليه

فوقهم نهر كبير هل يرفع عنهم مؤنة الكري ام يكون لهم
على الاختلاف قالوا ثم لم يذكر محمد هذا في الاصل وقالوا ذكر محمد
هذه المسألة في النوادر وذكر انهم اذا بلغوا فوهة نهر كبير يرفع
عنهم مؤنة الكري عندهم جميعا **قوله** واذا جاوز الكري ارضه الى
اخره وهذه المسألة فرع مسألة الكري ولم يذكر محمد في الاصل
وقال ابو يوسف اذا جاوز الكري ارضه فله ذلك على قول ابي حنيفة
لانه يسقط عنه مؤنة الكري وعلى قولهما لا يكون له ذلك لانه لم
يسقط عنه مؤنة الكري كذا ذكر خواهر زاده في شرحه **قوله**
وليس على اهل الشفة من الكري شيء وذكر لانهم لا يحصون لان
اهل الشفة اهل الدنيا جميعا فلا يمكن جمعهم للكري ولانه
لا ملك لهم في رقبة الارض قال في الاصل قال ابو حنيفة ليس على اهل
الشفة فيما اعلم من الكري وان كان لهم شركة في ماء هذا النهر الخاص
من حيث الشفة لان شركتهم في الشفة عامة فانه ثابت لجميع
الناس والشركة العامة لا عبرة لها في حق نفاذ التصرف ولهذا لو
اعتق احد من الغانمين عبدا من الغنيمة قبل القسمة لا ينفذ عتقه
فكذا لا يكون لها عبرة في حق التزام المؤنة فاما شركة اهل النهر
في حق الشرب شركة خاصة ولهذا يحل لهم البيع لهذه الشركة
والشركة الخاصة لها عبرة في حق ~~التزام المؤنة~~ نفاذ التصرف
فكذا في التزام المؤنة الا انه اذا دخل فيه كلهم اشكل حيث قال
فيما اعلم لان اهل الشفة يحتاجون الى الكري للشفة كاهل النهر
يحتاجون الى الكري للشرب فهذا كان يقتضي ان يكون الكري
عليهم جميعا فاوجب الشك ولكن لما كانت شركة اهل الشفة عامة
لم يجب عليهم **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه**
اي في الشرب لما فرغ من مسائل الشرب ذكر مسائل
شتى فيها تتميما للفائدة **قوله ويصح** دعوى الشرب بغير
ارض استحسانا وجه الاستحسان ان الرجل يدعي شربا مطلقا ولم
يبين سببا فيحمل على التجارة لا على غير التجارة من الارث والوصية
كالاقرار بالشيء مطلقا يحمل على التجارة لا على غيرها حتى صح الاقرار
بالدين مطلقا من الصبي المأذون والعبد المأذون لانصرافه الى التجارة كالمعرض
عليها ولو نص على ان الشرب صار له من جهة التجارة من غير ارض
لا يقضى له بالشرب لان الشرب مما لا يملك بالتجارة من غير ارض فكذا هذا

وجه الاستحسان

وجه الاستحسان ان دعوى الشرب مطلقا محمول على التجارة فلو ادعى
ان الشرب له بالتجارة واقام على ذلك بينة يقضى له ويحمل على انه
اشترى الشرب مع الارض ثم باع الارض وبقي الشرب لنفسه فيكون
الشرب له بالتجارة واذا امكن القضاء بالبينة من هذا الوجه وجب
القضاء بها لان البينات حجج يجب القضاء بها ما امكن قال في الشهادة
في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم
من الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين فانه تقبل هذه الشهادة
ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من
غير ارض والشهادة على الشرب من غير ارض مقبولة اذا كان
الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من
ثلثين يوما وهو معلوم وكذلك قبلناها ولو ادعى يوما من الشهر
في ثلثه هذين فشهد احدهما بيوم في رقبة النهر يريد بقوله
في رقبة النهر ان له شرب يوم من هذا النهر في شهر وشهد الاخر
على يومين ذكر انه في قياس قول ابي حنيفة لا يقضى له بشيء وفي قياس
قول ابي يوسف ومحمد انه يقضى بالاقل وهو شرب يوم وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده في شرح كتاب الشرب ذكر هذا الاختلاف في بعض
نسخ الكتاب ولم يذكر في البعض من قال فيه قال الفقيه ابو جعفر
ما ذكر من الاختلاف يحتمل ان يكون في الاقرار وقد نص على الخلاف في فصل
الاقرار بعد هذا فان شهد احدهما ان المدعى قبله اقر له بشرب
يومين وشهد الاخر انه اقر له بشرب يوم فالمسألة على الاختلاف
لانه لم يشهد على واحد من الاقرارين الا شاهد واحد كما لو شهد احدهما
انه اقر له بالف وشهد الاخر انه اقر له بالفين واما اذا لم يشهدوا
على الاقرار وشهد احدهما على ان له شرب يوم من الشهر من هذا النهر
وشهد الاخر بشرب يومين يجب ان تقبل على الاقل لانهم شهدوا
بالعين وفي الشهادة بالعين تقبل على الاقل فان شهد احدهما ان هذين
العبدين لهذا وشهد الاخر ان هذا العبد بعينه له تقبل على
الواحد عندهم جميعا قال وان شهدوا ان له شرب يوم ولم يسموا عدد
الايام ولم يشهدوا ان له في رقبة النهر شيئا لا تقبل هذه الشهادة
لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدري ان له
شرب يوم من الشهر او من السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به
تمنع قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها قال ولو شهدوا له بنصف النهر

تقبل الشهادة لانهم شهدوا بمعلوم يمكن القضاء به فيعمل بها دونهم
كما لو شهدوا ان له عشر هذه الارض فانه لو ادعى رجل عشر شرب او ثلثه
فشهد له شاهدان احدهما بالعشر وشهد الاخر بالثلث من ذكر العشر
تجوز في احد عشر جزءا فان شهدوا على الاقرار تقبل في قياس قول
ابي حنيفة وعندهما تقبل ايضا على الاقل فان لم يشهدوا على الاقرار
تقبل بالاتفاق على الاقل لانهم شهدوا بالعيب كذا ذكره شيخ الاسلام
في شرحه **قوله** واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد
صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه يترك على حاله يعني ليس لصاحب
الارض ان يمنع من ذلك قال في المبسوط واذا كان لرجل ارض ولآخر
فيه نهر يجري ليس لصاحب الارض منعه من الاجراء لانه مستعمل
للنهر بسوق الماء اليه فيجري فيه فيكون القول لصاحب النهر
وان لم يكن الماء جاريا فيه لم يكن بيده فسألته البينة على ان النهر له
فان لم تقم البينة على رقبته واقام انه قد كان له مجرى ماء يسوقه
الى ارضه اخذته قال شيخ الاسلام خواهرزاده في اخر شرح كتاب الشرب
رجل له مجرى ماء يجري الى بستانه في بستان غيره او مجرى ميزاب
في دار قوم او ممشى في دار قوم وقد كان ياخذ الى منزله فمات
صاحب البستان والدار لا اذ ذلك يجري الماء الى بستانك ولا اذ ذلك
تمشي في داري فقال صاحب البستان والميزاب والممشى انه حق لي قال
كان الماء يجري الى بستانه وقت المنازعة او كان يمشي في داره وقت
المنازعة فالقول قول صاحب البستان لان صاحب البستان مستمسك
لهذا المجرى وصاحب الدار يمشي مستعمل له بل هو مشغول به لان ملكه متصل
به فمتى تنازع اثنان في شيء واحدهما مستعمل له والاخر متعلق
ولم يعرف حال ما تنازعا فيه يقضى بذلك للمستعمل الا ان يقيم
الاخر بينة على ما ادعى وهو نظير ما ذكر قبل هذا في نهر يجري
في ارض رجل الى بستان لرجل فتنازعا وادعى كل واحد منهما
ان النهر له فان كان الماء جاريا وقت المنازعة يقضى بالنهر لصاحب
البستان لا لصاحب الارض لانه مستعمل له والاستعمال لصاحب الارض
انما له اتصال ملكه لا غير فكذا هذا وان لم يكن الماء جاريا وان كان
ماشيا فيها وقت المنازعة فالقول قول صاحب الدار لان صاحب البستان
غير مستعمل للمجرى وان كان المجرى متصلا بملكه حتى يجعل اتصال
ملكه كتعلقه به وملك صاحب الدار متصل به فصار كتعلقه

وفي

وفي تنازع اثنان في شيء احدهما متعلق به والاخر متعلق بالاخر كان
المتعلق اولى اذا لم يعرف حال ما تنازعا فيه فكذا هذا اذا لم يكن الماء فيه
جاريا وقت الخصومة كان صاحب الارض اولى بالنهر لان ارضه
متصلة بالنهر فكذلك هذا وهذا اذا لم يقم احدهما بينة فان اقام
صاحب البستان البينة على ان له طريقا في داره او مجرى ماء له
الى بستانه يقضى له بذلك لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت
معاينة فاما اذا شهدوا انه كان يمشي في داره او يجري ماؤه في
داره الى بستانه لا يقضى له بذلك لانهم شهدوا بما جرى الماء في
داره الى بستانه فقد يكون بحق وقد يكون بغير حق كما لو شهدوا انه
كان في يده لان كونه في يده قد يكون بحق وبغير حق فلا يقبل
البين انه اذا كان الماء جاريا وقت الخصومة يقضى بذلك وان
كان بغير حق ايكون بحق وبغير حق قلنا اذا كان الماء جاريا
وقت الخصومة فالمدعي مستعمل للنهر فيكون النهر في يده حاله
الاستعمال فوقع الشك في اخراج ما تنازعا فيه من يده لانه ان
كان يجري الماء فيه بحق لا يجب الاخراج من يده وان كان بغير حق يجب
ويده حالة الاستعمال ثابت بنفسه فلا يخرج من يده بالشك فاما اذا
لم يكن جاريا وليس للمدعي يد فاحتجنا الى اعادة ما ادعى الى يده ان كان
يجري بحق يجب اعادته وان كان بغير حق فلا فلا يعاد بالشك
قوله ملكا له اي فيما اذا اقام البينة ان هذا النهر له **قوله**
او حقا مستحقا فيه اي في النهر يعني فيما اذا اقام البينة ان له مجراه
في هذا النهر **قوله** محكم الاختلاف اي اختلاف المتخاصمين او
المدعيين فيه اي في كل واحد من هذه الاشياء من المسيل والميزاب
والممشى نظيره في الشرب اي نظير الاختلاف فيه وقد مر بيانه
قبل هذا **قوله** واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب
كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم فانه الاصل واذا كان النهر بين قوم
لهم عليه ارضون ولا يعرف كيف اصله بينهم فاختلفوا في اخذهم
في الشرب فالشرب يقسم بينهم على قدر اراضيهم قال في الاجناس ويحكى
عن ابي علي الدقاق صاحب كتاب الحيض انه يكون بينهم على قدر حاجتهم
وفائدته انه اذا كان لاحدهم عشرة اجربة وللاخر عشرة الا ان
ارضه لا يكتفي للزراعة بقدر الماء ما اخذه فعلى ما قال يجعل الماء
بينهما نصفان وعلى ما قال الدقاق له اخذ الماء بزيادة قال شيخ الاسلام
خواهرزاده

فرق بين هذا وبين طريق مشترك بين جماعة لا يعرف كيف أصله بينهم
إذا اختلفوا في ذلك فإنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس لأنهم على قدر الملاك هم حتى
يعطى لصاحب القليل ما يعطى لصاحب الكثير وفي الشرب يعطى لصاحب
الكثير أكثر مما يعطى لصاحب القليل وإنما كان كذلك لأن في الشرب
صاحب الكثير مع صاحب القليل يتفاوتان في سبب الاستحقاق ويتفاوتان
في الاستحقاق وفي الطريق صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في سبب
الاستحقاق ويستويان في الاستحقاق وإنما قلنا ذلك لأن سبب استحقاق الشرب
حاجة الأرض إلى الشرب وحاجة صاحب الكثير إلى الشرب أكثر من حاجة
صاحب القليل فيتفاوتان في سبب الاستحقاق فيتفاوتان في الاستحقاق
أيضا فأما سبب استحقاق الطريق فالحاجة إلى المرور والتطرق
وحاجة صاحب القليل إلى المرور وحاجة صاحب الكثير سواء فلما
استويا في سبب الاستحقاق استويا في الاستحقاق أيضا من حيث إنه يقسم
بينهم على عدد الخراج والصحيح ما قاله علماؤنا هو أنه إذا لم يعلم كيف
الشرب بينهم فأما إذا علم يقسم على ما كان فكما في الطريق يقسم على
عدد الرؤوس إذا لم يعلم مقدار حقهم فإذا علم يقسم على ما كان في
الأصل فالحاصل أن الأصل فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر
لا ينتفع أرضه لقلة الماء لا يكون له أن يسكر ولكنه يشرب بحصته
فإن الأحيا من قال أبو عمرو الطبري وهو تلميذ محمد بن شجاع أراد
محمد بهذا إذا كان نصيب صاحب أعلى النهر لا يكفيه لجميع أرضه
حتى يسكر النهر فيسقي كلا إلا أنه ليس له ذلك إلا أن يكون الأرض
صاحب الأعلى من بقعة لا يصل الماء إليها إلا أن يتخذ في النهر سكرا
وأرباب الأراضي مفترقة أن يشربها من هذا النهر فهذا لا بد من
أن يجعل فيه سكرا حتى يرتفع الماء إليها وإن اصطلحوا على أن يجعلوا
ذلك مناوبة على أن يسكر كل واحد منهم يوما ليسوق الماء كله إلى
أرضه جاز إلا هنا لعلة الإحياء وذلك لأنه يسكر أحدث
تصرفه في مكان مشترك فلا يكون له ذلك إلا بإذن الشركاء فإن شاؤوا
على ساحة بمعنى أراد أحدهما أن يحدث فيه جدولا من ابتداء
وغير ذلك لا يكون له ذلك إلا برضا الشركاء وإليه ذهب الفقيه
أبو جعفر قال شيخ الإسلام خواهر زاده ومن مشايخنا من قال إذا وقف
المنازعة بينهم على هذا الوجه لا بد من اعتبار رضا زعمهم
لأن أهل الأعلى يطلبون حقهم وهو ذكرى أهل الأسفل يمنعون

اهل

أهل الأعلى من أحداث تصرف في مكان مشترك وإنه ذلك فلا بد من
أن يقطع القاضي المنازعة بينهم لأن قطع المنازعات
واجب ما أمكن وذلك بأن يجعل الماء بينهم بالنوب بالأيام فإن قسمة
الماء على هذا الوجه مشروع ويطلق لأهل الأعلى بأن يسكر
في نوبتهم بوضع حجر أو لوح أو عود يحبسون به الماء ولا يسكرون
بالطين لأن حاجتهم يرتفع بوضع اللوح وحاجة كثرة الماء بأمر
أهل الأعلى بسد فوهة السرجي ليندفع زيادة فضل الماء
عن أهل الأسفل فينقطع المنازعة بينهم على هذا الوجه قال
شيخ الإسلام هذا كله إذا كان لا يمكن لأهل الأعلى الانتفاع بالماء
إلا بالسكر فأما إذا أمكنهم ذلك إلا أنهم أرادوا السكر ليتعجل
لهم السقي فإنه لا يكون لهم ذلك إلا بإذن الشركاء فإذا طلب أهل
الأعلى من الإمام ذلك لا يجيبهم إلى ذلك لأنه يمكنهم الوصول
إلى حقهم من غير إحداث أمر في مكان مشترك قال وإذا اصطلحوا
على أن يسكر كل واحد منهم في نوبته فله ذلك لأنه يحدث تصرفا
في مكان مشترك بإذن الشركاء فيكون له ذلك كما في ساحة
المشتركة إذا بنى أحدهم بإذن الشركاء وإن يسكر حبس الماء من الجري باب
قوله وليس لأحدهم أن يكري منه نهرا قال شيخ الإسلام
خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وإذا أراد واحد منهم أن يكري
منه نهرا لم يكن له ذلك إلا برضا أصحابه سواء كان يكري من هذا
النهر لأرض كان يشربها من هذا النهر أو لأرض لم يكن شربها من
هذا النهر لا يكون له ذلك إلا بإذن الشركاء لوجهين أحدهما أنه لا بد
أن يكسر حافة النهر وحافة النهر مشترك بينه وبين غيره
والثاني أنه يريد أن يأخذ أكثر من حقه في الشرب فيمنع من
الكري لوجهين ولو كان يكري لأرض ليشرب من هذا النهر فلعله
واحدة وهي أنه يريد أن يكسر حافة النهر وحافة النهر
مشترك بينه وبين غيره قال وإن أراد أحدهم أن ينصب عليه رحى فإنه
لم يكن له ذلك إلا برضا أصحابه لأنه يبني على حافة النهر وهو مشترك
بينه وبين غيره فأما إذا كان الموضع الذي يضع عليه الرحى ملكه
كان له وضع الرحى إذا لم يضر بالماء وإذا أضر بالماء لم يكن له ذلك
وصورته أن يكون حافتا النهر وبطن النهر ملكا له وغيره
شركاء في الماء فإن مواضع الرحى تصرف في خالص ملكه فإذا لم يضر بإجراء
الماء

لا يمنع من ذلك وان اضر منع كعبد بين شريكين كاتبه احدهما
وفي الحقيقة اذا اراد ان ينصب عليه رحى ليس له ذلك الا برضا
الشركا لان بقعة الرحى ملك وحق لجماعتهم بابتنا حفيرتك
البقعة والقطع حق الشركا فيه فيمنع فاما اذا كان موضع الرحا
ملكه وليس فيه ضرر بالشركا بان كان الما يدير الرحا ويجري
الما على سننه في النهر فليس لهم حق المنع لان الما مشترك
بينهم ولكل واحد منهم ان ينتفع بحقه على وجه لا يتضرر به شركاوه
فاما اذا كرى نهرا من هذا النهر ويخرج الما حتى يصل الى
الرحى المملوكة في ارضه فيدير رحاه ثم يجري الى النهر من اسفله
ليس له ذلك لان فيه ضررا بالشركا بقطع الما عن سننه ويتاخر
وصول حقهم اليهم وينتقض في الجملة ايضا وكذلك الجواب
في نصب الدالية والسانية والسانية الناقة التي يستقى عليها
اي من النهر **قوله** ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة قال شيخ الاسلام
خواهر زاده وكذلك ليس له ان يتخذ على النهر جسرا ولا قنطرة
الا برضاهم لانه لا بد من وضع الجذوع على حافتي النهر وذلك
مشترك بينهم وليس لاحد الشريكين ان يحدث حدثا في مكان مشترك
الا باذن صاحبه قالوا الجسر ما يوضع ويرفع من الالواح والخشب
وفي المغرب الجسر ما يعبر به النهر مبنيا كان او غير مبني و
القنطرة ما يكون مبنيا من الاجر يضم بعضها الى بعض ولا يمكن رفعه
قال وكذلك نهر بين قوم لهم عليها ارضون وهو مسيل هذا النهر
وكذلك نهر بين قوم يستقون منها اراضيهم وكذلك لو كان بين
قوم ليس لاحد منهم ان يكري منها نهرا وان يحدث جسرا الا باذن
شركائه [illegible] قال اهل اللغة البركة الحوض
قوله بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من النهر الخاص
بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك اي اذا اراد
الخاص بين قوم ان يكون بحال يجري فيه الشفعة وتحقيق بيانه من كل
وفي الاصل وسالت ابا يوسف عن رجل له نهر خاص من هذا
النهر الاعظم اراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه قال له ذلك
لانه يتصرف في خالص ملكه لانه يضع الخشب والاجر على
خالص ملكه وانه يحتاج الى ذلك لانه متى لم يستوثق راس نهره
ربما يغلبه الما فاذا كان ما يفعله محتاجا اليه وهو تصرف في خالص ملكه
لم يمنع

حادي دار بعور ٤٦٠

لم يمنع من ذلك فان كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض
ذلك قال ان كان لا يزيد ذلك في اخذ الما فله ذلك لانه يتصرف
في خالص ملكه ولم يتضرر بغيره وان كان يزيد في اخذ الما
يمنع لانه اضر بغيره وان تصرف في خالص ملكه **قوله**
ويمنع من ان يوسع في النهر قال في الاصل وسالت ابا يوسف
عن رجل اراد ان يوسع فم النهر هل له ذلك قال لا قال شيخ الاسلام
خواهر زاده في شرح كتاب الشرب فرق بين هذا وبين التسفيل
والرفع حيث قال له ذلك لان التسفيل تصرف في خالص ملكه
ولم يتضرر باصحابه على ما بينا فاما في توسيع فم النهر يتصرف
في حافتي النهر الذي ياخذ منه الما ولانه مشترك بينه وبين
اصحابه ويتضرر شركاوه ايضا لانه بتوسيع الفم ياخذ من الما
اكثر من حقه فيصير غاصبا شيئا من ما اصحابه **قوله**
وكذا اذا كانت القسمة بالكوى يعني اذا كانت القسمة بالكوى
لا يكون له ان يوسع الكوة الكوة ثقب البيت والجمع كوى
كبدرة وبدر وقد تضم الكاف في المفرد ويستعار الكوى لمفاتح
الما الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر كذا في المغرب
قوله وكذا ان يوخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع
منه اي لا يكون له ذلك قال في الاصل قلت فان اراد ان يزيد
في عرضه ويوخر الكوى عن فم النهر فيجعلها على اربعة اذرع
من فم النهر الى اسفل قال ليس له ذلك وان تصرف في خالص ملكه
لانه يضر باصحابه لانه ياخذ الما اكثر من حقه قال شيخ الاسلام
خواهر زاده قالوا وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها
الكوة في فم النهر واراد ان يوخرها عن فوهة النهر فيجعلها
في وسط النهر ويدع فوهته بغير لوح فانه لا يكون له ذلك
لانه يريد ان ياخذ الما اكثر من حقه لان الما اذا دخل في راس
النهر يحتبس ويكثر فيجتمع الما فيدخل في الكوى اكثر مما
كان يدخل لو كان الكوى في فوهة النهر الاول ولان الما في فوهة
النهر لا يكون مجتمعا **قوله** بخلاف ما اذا اراد ان يسفل
كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك اي اراد ان يسفل كواه
الى وجه الارض او اراد ان يرفعها اي الكوى قال في الاصل
سالت ابا يوسف عن هذه الكوى اراد صاحبها ان يكبرها فيسفلها في موضعها

خالص ملكه

لئلا يكون اكثر لاخذها من الماء فله ذلك لان المستعمل تصرف في خالص
فان كوة نهره خالص ملكه فكان له ذلك وان كان ذلك اكثر
لاخذ الماء كما لو كرى نهره كان له ذلك وان كان كرى النهر اكثر
لاخذ الماء لانه تصرف في خالص ملكه فكذا هذا وفسر في الاجناس
الكوى بقوله يعني السواقي فان قيل انه وان تصرف في خالص
ملكه يضر باصحابه وليس له ذلك لانه ياخذ الماء اكثر من حقه
والمتصرف في ملكه اذا اضر بغيره يمنع كعبد بين شريكين
كاتب احدهما نصيبه فالجواب عنه ان يقال لا يخلو اما ان كان
مقدار عمق نهره وقت القسمة معلوما او لا فان كان معلوما
فله ان يسفل حتى يعيد الى الحالة الاولى ولا يمكن من الزيادة على
ما كان في القديم كيلا يضر بغيره باخذ الماء اكثر من حقه
وان لم يعلم مقدار عمقه في القديم قالوا يجعل مقدار ما
يكون مثل هذا النهر في العرف والعادة وان اراد الزيادة
على ذلك منع منه هكذا قال الفقيه ابو جعفر قوله وان اراد ان يرفع
الكوى ليكون اقل للماء في ارضه فله ذلك لان الرفع كنقض بعض
النهر وله ان يكبس نهره كله لانه خالص ملكه فكان له
كبس البعض بالطريق الاولى فان قيل في الكبس وان تصرف في
خالص ملكه الحاق الضرر بغيره وهو الاسفل فلا يكون له
ذلك كما في الاصل واذا اراد احد الشركاء ان ينقض كوة او
كوتين هي بينهم ليس له ذلك الا باذن الشركاء فكذا هذا
قلنا قال شيخ الاسلام خواهر زاده تاويله ما ذكرنا اذا كان
نهره مرتفعا في القديم فسفله ثم اراد ان يرفع
مقدار ما يعيده الى الحالة الاولى وليس له ان يرفع اكثر من ذلك
وليس كما ذكره في مسئلة الكوة لانه وضع المسئلة ثمه ان الكوة
كانت مشتركة فهو بالسد يحدث تصرفا في مكان مشترك
فلا يكون له ذلك الا باذن الشركاء اما هنا تصرف في خالص ملكه
ولا يلحق بغيره ضررا لانه يرفع الكوة الى ما كان عليه في القديم
قوله ولو كان الشرب بينهم بالكوى فاراد احدهم ان يقسم
بالايام ليس له ذلك يعني اذا لم يرض الشركاء بل اذا رضوا
كان له ذلك وسيجيء ذلك عند قوله الا ان يتراضيا قال الامام
البيهقي لشرب يوم ياخذ من النهر العظيم لكل واحد منهم كوة

على

461

على السفلى وقت قسمة الماء اصحاب الاسفل ياخذون اكثر من نصيبهم لان
كثرة الماء في اول النهر يستفضلهم بعد ذلك فيتحمل كلهم مثلما انها
معلومة ونتبت كوا كم في ايامنا ليس لهم ذلك لانه حق ثبت وضعا
كذلك فلا يغير قوله ولو كان لكل منهم كوى مسماة اي معدودة
في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله
وذلك لان احداث الكوى في نهر مشترك لا يجوز الا باذن الشركاء
وان لم يكن الضرر بخلاف ما اذا كان لكل الكوى في النهر الاعظم الذي
لم يدخل في المقاسم كالفرات ودجلة حيث لا يمنع ان يزيد
في الكوى اذا لم يضر بغيره لانه يعتبر بكري النهر منه لكل
لكري نهر ابتداء جاز فكذا اذا زاد في الكوى واستشهد
محمد بنهر نظيره خاص من قوم ليس لاحد منهم ان يبني ولا يفتح
فيه بابا من داره ولا يسيل فيه ماء ولا يشرع فيه جنبا
ولا كنيفا اضرتهم ام لم تضربهم فكذا في النهر الخاص قوله
وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها
في ذلك شرب قال في الاصل وإذا كان نهر بين قوم لكل واحد منهم عليه ارضون
لكل رجل منهم ارض معلومة فاراد احدهم ان يسوق شربه الى ارض
اخرى ليس لها شرب من هذا النهر لا يكون له ذلك الا باذن
الشركاء وذلك لانه لا يخلو اما ان يسوق شربه الى الارض
المحدثة من نهر اخر يكري به لها من النهر المشترك فلم يكن له ذلك
لوجهين احدهما انه يريد ان يحدث حدثا في مكان مشترك وانه يريد
ان يشق بكري جانب النهر وجانب النهر مشترك بينه
وبين شركائه فلا بد من اذن الشركاء والثاني انه ياخذ الماء
اكثر من حقه لانه ان كان يسقي الارضين جميعا وان كان لا يسقي
الارض القديمة وانما في الماء على السواء فان لم يكن اخذ
اكثر من حقه للحال يصير اخذا اكثر من حقه في الثاني بالتقادم
العهد ويتنازعوا في الشرب يقضى له بشرب الارضين جميعا
اذا لم يعلم حقيقة الحال ان الشرب يقسم على مقدار الاراضي
اذا لم يعلم حقيقة الحال كما قال فكما لا يمكن ان ياخذ اكثر من حقه
للحال لا يمكن من ان يفعل فعلا يصير به اخذا اكثر من حقه في
الثاني وان اراد ان يسوق شربه الى الارض المحدثة من مجرى الارض
القديمة لا يكون له ذلك ان كان لا يسقي الارضين للحال لانه يصير
اخذا

الأكثر من حقه من الشرب للحال وان كان لا يسقي الاراضي المحدثة
لصيرورته آخذا أكثر من حقه في ثاني الحال على ما بينا وهذا اذا
أراد أن يسقي الأرض التي لا شرب لها من هذا النهر بكرم
فأما اذا ملأ أرضه وأراد أن يسقي الأرض الأخرى قال ان
لم يسد فوهة النهر لا يكون له ذلك لأنه يأخذ أكثر من حقه
وان سد فوهة النهر وساق ذلك الماء الى الأرض المحدثة من
غير مجرى قالوا له ذلك لأنه لم يصر آخذا أكثر من حقه لا في الحال
ولا في الثاني لأنه متى لم يكن للأرض التي تسقى من هذا النهر
رسم تعتبر الخصومة في الشرب لا يقضى لهذه الأرض بشرب من هذا
النهر بل قال محمد وهذا بمنزلة طريق بين قوم يدعي بعضهم ان له
اليه طريقا من دار أخرى لأنه يريد أن يجعل لهذه الدار ممرا
في هذا الطريق لم يكن له من قبل ثم لم يكن له من ذلك هكذا
ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وهذا اذا كان لهم
اسنين فأما اذا كان ساكن الدارين واحدا ذكر في كتاب القسمة انه
لا يمنع من ذلك لأن الممر لا يزداد اذ حينئذ كان ساكن الدارين
واحدا فلا يصير صاحبه آخذا أكثر من حقه ويفتح الباب على
هواه لأنه يتصرف في خالص ملكه قوله تنشف بعض الماء
أي يتشربه قوله ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص
وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه
كيلا تنز ليس له ذلك صورته ما قال في الأصل وهو ان نهرا
بين رجلين له خمس كوى من هذا النهر الأعظم وأحد الرجلين
أرضه في أعلى النهر والآخر أرضه في أسفل النهر فقال
صاحب الأعلى أريد أن أسد من هذه الكوى واحدة أو اثنتين
لأن ماء النهر يكثر في أرضي فتنز منه فليس له
ذلك لأن سد الكوى احداث تصرف في مكان مشترك فلا يكون
له ذلك الا برضا صاحبه كما لو أراد أن يوسع الكوى والآن
لأن صاحب الأسفل له أن يعارض ويقول ان كانت كثرة الماء تضرك
فقلة الماء بسد الكوة تضرني فاستويا في الضرر والتقابل
الضرران واستويا فيترك ما كان على ما كان قوله وكذا
اذا أراد أن يقسم النهر مناصفة بينهما أي ليس له ذلك
يعني اذا أراد صاحب الأعلى أو صاحب الأسفل أن يجعل لكل نصف النهر

ذلك نصف

ذلك نصفه فيما دار كانه حصتي سددت منها ما بدا لي فكان
في حصتك فيتحتها كلها ليس له ذلك الا برضا صاحبه لأنه
تطلب المهايأة من صاحبه فيما يمكن قسمته بالأجزاء وصاحبه
لا يجبر على ذلك كالدار التي تحتمل القسمة من حيث الأجزاء اذا
طلب أحدهما المهايأة من صاحبه وأبى صاحبه لا يجبر
على المهايأة فكذا هذا فان تراضيا على ذلك جاز كما لو
تراضيا على المهايأة في الدار فان اتفقا على ذلك زمانا
ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض فله ذلك لأن المهايأة
عن تراض منه لأنها عارية لأن تجويزها بطريق الاعارة متعذر
لأنه يكون مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها وهو باطل
فيجوز بطريق الاعارة والمعير أن يرجع في عاريته متى
بدا له كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في كتاب الشرب قوله
والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه أي انما قيد بالوصية
بعين الشرب احترازا عن الوصية ببيع الشرب وهبته وصدقته
فان ذلك وصية بالباطل والوصية بالباطل باطلة قال محمد
في الأصل وسألت أبا يوسف عن رجل مات وترك هذا الشرب
فقال يصير شربه ميراثا وان كان بغير أرض وذلك لأن الملك
بالأرض ينقطع حكما لا قصدا ويجوز أن يثبت الشيء حكما وان كان
لا يثبت قصدا كالخمر تملك حكما بالميراث وان كان لا تملك قصدا
بأسباب الملك فجاز أن يملك الشرب بلا أرض حكما بالميراث
وان كان لا يملك قصدا بسائر أسباب الملك قال فان أوصى فيه بوصية
قال ذلك جائز لأن الوصية أخت الميراث فما يجري فيه الارث
يجري فيه الوصية اذا كان الموصى له ينتفع بذلك قال وسألته
عن الهبة والصدقة والبيع والقسمة قال لا يجوز لأن الشرب
لا يملك بالبيع بلا أرض كيلا يرد العقد على ما هو حق من حقوق
الملك مقصودا فكذا لا يملك بلا أرض بالصدقة والهبة
قوله والوصية بذلك أي وكذا الوصية ببيع الشرب
وصدقته وهبته قال في الأصل وان باع شرب يوم أو أقل
من ذلك أو أكثر فهو لا يجوز وذلك لمعان ثلاثة أحدها
أن الشرب عبارة عن النصيب من الماء والماء لا يملك قبل
الاحراز ثم هذا من لا شرب له من هذا النهر اذا سقى أرضه بشربه

لان المسمى ليس بمال متقوم وانما نظيره مسألة الصلح عن
دم العمد وهو ان يصالح من دم العمد على شرب بدون الارض
فان القصاص يسقط اذا قبل القاتل لان سقوط القصاص
يعتمد وجود القبول لا وجوب القبول الا ترى انه لو صالح عن
دم العمد على خمر او خنزير يسقط القصاص لوجود القبول
وان لم يجب القبول فكذا هذا ولا يكون له من الشرب شيء لان
التسمية لم تصح لجهالة فيرد المسمى الا انه لا يقع الصلح مجانا
بل يجب على القاتل رد الدية لان الصلح لو وقع على خمر او خنزير
لم يقع مجانا وانما يقع بالدية وهنا اولى لان الشرب مال حلال
كذا قاله خواهر زاده في شرحه وقال في الشامل الصلح على الشرب
على الشرب من قصاص نفسا او دونه باطل ويجب في العفو لوجود
شرطه وهو القبول وعلى القاتل الدية وارش الجناية ثم انما
يجب باخذ لانه لم يرض بسقوطه مجانا **قوله** ولا الصلح بذلك
الصلح عن الدعوى قال في قسم المبسوط من الشامل الصلح عن
الدعوى على الشرب باطل وهو على دعواه لان المصالح عليه مجهول
يحتاج الى قبضه وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب
واذا ادعى رجل قبل رجل دعوى في ارض او دار او كرم فصالحه
عن دعواه على شرب بغير ارض فان الصلح باطل لان الصلح متى
وقع على خلاف جنس الحق كان في معنى البيع وبيع الشرب
بلا ارض لا يجوز فكذا لا يجوز الشرب من غير ارض فاذا بطل
الصلح بقي المدعي على راس دعواه كما لو صالحه على مكيل او موزون
مجهول القدر بقي المدعي على راس دعواه فكذا هنا فان كان
المدعي قد شرب من ذلك الشرب سنة او سنتين فلا ضمان عليه وان
استوفاها بحكم عقد فاسد لما بينا في المعاني قبل هذا **قوله**
ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض وذلك لان
بيع الشرب في حال حياته لا يجوز لقضاء الدين فكذا بعد وفاته
قوله والا صح ان يضم الى ارض لا شرب لها الى اخره
هذا قول اكثر المشايخ في معرفة قيمة الشرب كذا قال خواهر زاده
في شرحه وهو ان يضم هذا الشرب الى جريب من الارض اقرب
ما يكون من هذا الشرب فيباع باذن صاحبها ثم ينظر بكم تشترى
مع الشرب وبدون الشرب بكم تشترى فيكون فضل ما بينهما قيمة
الشرب

لا يضمن ولو كان مملوكا ضمن واذا لم يكن مملوكا قبل الاحراز
لم يجز بيعه وقال الباقي ان البيع وهو انه مجهول لانه لا يتصور
جعله معلوما الا بالاشارة او بالكيل والوزن ولم يوجد شيء من هذا
فكان مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة والجهالة على هذا
الوجه توجب فساد البيع ولانه غرر لانه لا يعلم ان الماء يجيء
او ينقطع وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب
من مشايخ بلخ كان ابو بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة وغيرهم يجوزون
بيع الشرب يوما او يومين حتى يرد ادعوى المبيع لان اهل
بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه وكذا القياس ما يترك بالتعامل
كما في الاستصناع للتعامل وان كان العباس بن ابي جوانه
وكان الفقيه ابو جعفر واستاذه ابو بكر البلخي لا يجوزان ذلك
وقالا هذا تعامل بلدة واحدة والقياس لا يترك بتعامل
البلاد كلها كما في الاستصناع ولا يترك بتعامل بلدة واحدة
قوله وكذا لا يصح تسميته في النكاح قال محمد في الاصل واذا تزوج
الرجل على شرب بغير ارض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شيء
وان لها مهر المثل وذلك لان النكاح يصح من غير تسمية اصلا
فلان يصح مع تسمية مال مجهول اولى وانما وجب لها مهر المثل
لفساد التسمية لان المسمى مجهول الفساد اذ يا ما ازداد
وينقص بجهالة فوات المسمى يمنع صحة التسمية كما لو تزوجها
على مكيل او موزون مجهول القدر لا يصح التسمية حتى لا يكون
لها من المسمى شيء وانما يكون لها مهر المثل فكذا هذا وان
محمدا ذكر في الاصل هنا ثلاث مسائل احداها هذه والثانية
الخلع وهو انه اذا خالع امرأته على شرب لها بغير ارض فان الخلع
يقع الا ان التسمية باطلة حتى لا يكون له من الشرب شيء اما الطلاق
فواقع لان وقوع الطلاق يعتمد وجود القبول لا وجوب القبول
الا ترى انه لو خالعها على خمر او خنزير فقبلت يقع الطلاق
وان لم يجب القبول فكذا هذا وانما وجب عليها رد ما اخذت
من المهر لان المسمى مال مجهول المقدار والمسمى شيء كان لها لا وقد
فسدت التسمية بجهالة المقدار فانه يقع الخلع بالدفع الى
من المهر كما لو خالعها على مكيل او موزون مجهول القدر
وقبلت ذلك بخلاف ما لو خالعها على خمر او خنزير فانه يقع
الخلع
مجانا

فان كان يسرى من الشرب بانه وجمعين وبدون الشرب يسرى كمانه
يعرف ان قيمة الشرب محمول درهما ينصرف المحمول الى الوين بان
لم ياذن صاحب الارض لمشترى من جملة الميت ارض بشاع الشرب
منها **قوله** واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء
اى ملأها ماء فسال من مائها فى ارض رجل فغرقها او نزت
ارض جاره من هذا الماء فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه
اى فى السقى والمخر قال فى الاصل واذا سقى الرجل ارضه او مخرها
فسال من مائها فى ارض رجل فغرقها لم يكن على رب الارض ضمان
قال خواهرزاده اراد بقوله مخرها اى ملأها وكذلك اذا نزت
ارض جاره ثم قال خواهرزاده قال الفقيه ابو جعفر تاويل هذه المسألة بعد
محمد اذا سقى ارضه سقيا تسقى لمثله فى العرف والعادة فاما اذا
سقى سقيا لا تسقى مثله فى العرف والعادة فانه يضمن انه
تسقى مثله فى العادة فغرقت ارض جاره فهو متسبب لا مباشر
لان سقى المثل قد تغرق ارض جاره وقد لا تغرق والمتسبب لا يضمن
ما تولد من فعله ما لم يكن متعديا فى التسبيب كما لو حفر بئرا فى داره
فوقع فيه انسان فاما اذا سقى سقيا لا يسقى مثله فغرقت
ارض جاره ضمن لانه متعد فى التسبيب وهذا كما قالوا فيمن
اوقد نارا فى داره لم توقد مثلها فى العرف والعادة
لا يضمن اذا احترق دار جاره لانه متسبب غير متعد وان
اوقد نارا لا توقد مثلها فى العرف والعادة يضمن لانه متعد فى
التسبيب وكذا اذا نزت ارض جاره على هذا التفصيل ثم
اذا كانت فى ارضه جحر فار يتعدى الى ارض جاره وغرقت ارض
جاره فان كان لا يعلم بجحر الفار لا يضمن لانه سقى سقيا مثله
وان علم ضمن لانه سقى سقيا لا يسقى مثله لانه مع جحر الفار
لا يسقى الا بعد كبس الجحر وعلى هذا قالوا اذا فتح رأس نهره فسال
من النهر الى ارض جاره فغرقت قالوا ان فتح من الماء مقدار
ما يفتح من الماء فى مثل تلك النهر فى العرف والعادة لا يضمن
وان فتح مقدار ما لا يفتح ذلك المقدار فى ذلك النهر فى العرف
والعادة يضمن هكذا ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده وحكى عن الشيخ
الامام اسمعيل الزاهد انه كان يقول اذا سقى سقيا مثله
انما لا يضمن اذا كان محقا فى السقى بان سقاه فى نوبته

مقدار

مقدار حقه فاما اذا سقى فى غير نوبته او فى نوبته
اكثر من حقه يضمن لانه متسبب وهو متعد فيضمن
ما تولد منه قال مخرت السفينة الماء اى شقته بجؤجؤها
كذا فى ديوان الادب وفى الصحاح يقال مخرت الارض
اى ارسلت فيها الماء وقال فى الاصل ولو ان رجلا
احرق كلأ فى ارضه فذهبت النار يمينا وشمالا فاحرقت
شيئا لغيره لم يضمن وهذه رواية الاصل قال شيخ الاسلام خواهرزاده
فى شرحه قالوا تاويل هذا اذا اوقد نارا لم توقد مثلها
فى العرف والعادة فاما اذا اوقد نارا لا يوقد مثله فانه
يصير ضامنا ثم الجواب فى احراق الكلأ فى ارضه
كالجواب فيما اذا اوقد نارا فى داره فاحترق دار جاره
وقد عرف هذه فى اخر كتاب الاجارة والله اعلم

الحمد لله اولا واخرا وهو حسبنا ونعم الوكيل يتلوه فى الجزء الرابع
كتاب الاشربة

بلغ المقابلة مع الاصل المعول عليه حسب الطاقة والوسع
اللهم اختم بالخير اعمالنا واقل عثراتنا

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بين الصدور [illegible]
١٢٧٥ وكفى عبده